

استصناع در فقه و حقوق ایران

دکتر غلامعلی سیفی زیناب*

منصوره حسن زاده**

چکیده

سفارش ساخت کالاهای دست‌ساز و پذیرش این قبیل سفارشات از سوی سازنده در سوابق حقوق اسلامی تحت عنوان استصناع مورد بحث قرار گرفته است. صرف‌نظر از این‌که علمای برخی فرق و مذاهب اسلامی در صحت و اعتبار این تأسیس حقوقی تردید جدی کرده‌اند، ماهیت حقوقی استصناع نیز بین فقهای اسلامی توصیف واحدی نیافته است. به نظر بعضی توافق مستصنع و صانع مبنی بر ساخت کالا با طرح و مواد معین و تحویل آن به سفارش‌دهنده فاقد ماهیت عقدی بوده و وعد (مواعده) شناخته می‌شود، اما مطابق نظر گروهی دیگر تراضی انجام‌گرفته دارای ماهیت عقدی است. در فرض پذیرش ماهیت قراردادی استصناع هم، میان بیع (بیع مال آینده)، اجاره (مقاطعه یا پیمانکاری)، جعاله و شبه اجاره بودن این قرارداد اتفاق نظر وجود ندارد. مضافاً آن‌که ماهیت مورد نزاع استصناع منجر به بروز اختلاف در حکم لزوم و جواز این عمل حقوقی نیز شده است.

کاربرد فراوان مصادیق مختلف و جدیدالتأسیس حقوقی مورد بحث در جامعه کنونی و فقدان قانون خاص در این زمینه اقتضا می‌کند که جهت نیل به یک جمع‌بندی روشن و

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانشجوی دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

ارائه‌ی راه حل مناسب در حقوق موضوعه‌ی ایران، آراء و نظرات اعلام‌شده در فقه، دسته‌بندی شده و مورد توجه قرار گیرد.

کلید واژگان

مستصنع، صانع، بیع مال آینده، مقاطعه کاری.

مقدمه

۱- استصناع از ریشه‌ی «صنع» در لغت به معنی تقاضا کردن ساخت چیزی از دیگری است.^۱ تعریف اصطلاحی استصناع از تعریف لغوی این واژه فاصله‌ی زیادی نگرفته است. مطابق نظر فقها و اندیشمندان علم حقوق، استصناع به توافق اشخاص با صاحبان حرف و صنایع برای ساختن شیئی معین اطلاق گردیده است.^۲ در میان فقهای پیشین امامیه، شیخ طوسی،^۳ کاشف الغطاء^۴ و ابن زهره^۵ و تعداد محدودی از علما مستقلاً عنوان استصناع را در تألیفات خود به کار برده‌اند. لیکن از عمده فقهای امامیه در این خصوص نفیاً یا اثباتاً بحثی ملاحظه نمی‌گردد.^۶ برخی از فقها و مؤلفان حقوقی معاصر ایران^۷ توجه خود را به این تأسیس حقوقی معطوف داشته و راجع به آن مباحثی را مطرح ساخته‌اند.

۱. محمد بن مکرم بن منظور، لسان العرب، ج ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ هـ، ۱۹۸۸ م، ص ۴۱۹؛ فخرالدین طریحی، مجمع البحرین، ج ۴، چاپ سوم، مصحح: سید احمد حسینی، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ هـ، ص ۳۶۱.

۲. علاءالدین ابی بکر بن مسعود الکاسانی الحنفی (ملک العلماء)، بدایع الصنائع فی ترتیب شرایع، ج ۵، چاپ اول، پاکستان، المکتبه الحبییه، ۱۴۰۹ هـ، ۱۹۸۹ م، ص ۲؛ یحیی بن سعید حلّی، الجامع للشرایع، چاپ اول، به تصحیح جمعی از محققین تحت نظر شیخ جعفر سبحانی، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ هـ، ص ۲۵۹؛ محمد مؤمن قمی، استصناع (قرارداد سفارش ساخت)، فصلنامه فقه اهل بیت، ش ۱۲ و ۱۱، ص ۲۰۱؛ هاشمی شاهرودی، محمود، استصناع (سفارش ساخت کالا)، فصلنامه فقه اهل بیت، ش ۱۹ و ۲۰، ص ۳.

۳. ابو جعفر محمد بن حسن طوسی (شیخ طوسی)، الخلاف، ج ۳، مصحح: شیخ علی خراسانی، سید جواد شهرستانی، شیخ مهدی طه نجف، شیخ مجتبی عراقی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ هـ، ص ۲۱۵.

۴. کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، ج ۱، قسمت دوم، چاپ اول، نجف، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ هـ، ص ۱۲۷.

۵. محمد بن علی بن حمزه طوسی (ابن حمزه)؛ الوسيله إلى نیل الفضيله، مصحح: شیخ محمد حسون، چاپ اول، قم، مکتبه آیه الله المرعشی النجفی، ۱۴۰۸ هـ، ص ۲۵۷.

۶. ذکر این نکته لازم است که نمی‌توان قائل بر این نظر شد که در فقه شیعه استصناع در قالب اجاره‌ی اشخاص مورد بررسی قرار گرفته است؛ چراکه در استصناع فرض است که مواد اولیه از آن سازنده باشد؛ در حالی که فقهای شیعه در بیان مصادیق اجاره‌ی اشخاص به ذکر نمونه‌هایی چون خیاطی، نجاری و

برعکس فقهای امامیه، اندیشمندان مذهب حنفی بطور نسبتاً مبسوط در باب استصناع سخن رانده و بحث در ماهیت آن را محل کشمکشهای علمی فراوان ساخته اند.^۸

۲- البته، نه استقلال و نه صحت استصناع مورد پذیرش همه فقهای اسلامی قرار نگرفته است. برخی استصناع را نه یک عقد لازم‌الوفاء، بلکه یک مواعده‌ی مشتمل بر تعهد به ساخت شیئی از طرف صانع و تعهد به خرید آن از سوی مستصنع به شمار آورده‌اند. گروهی هم آن را داخل در بیع سلم محسوب کرده‌اند و معامله بر روی کالای مورد سفارش را منحصرأ به صورت کلی فی الذمه و با رعایت سایر شرایط لازم در این بیع ممکن دانسته‌اند. بالاخره گروهی دیگر تأسیس حقوقی مورد بحث را، به علت انجام کار بر روی مواد اولیه توسط صانع، از بیع سلف ممتاز شناخته و آن را اجاره‌ی شخص (مقاطعہ کاری)، جعاله، بیع و یا ترکیبی از پیمانکاری و بیع محسوب داشته‌اند. صحت و اعتبار

رنگ‌رزی بسنده کرده‌اند و در مباحث مربوط به ضمان اجیرید او را نسبت به کالایی که به او سپرده شده، امانی دانسته‌اند؛ از جمع این موارد چنین بر می‌آید که فقهای شیعه اجاره‌ی اشخاص را منصرف به موردی دانسته‌اند که مواد اولیه از آن مستأجر باشد (برخلاف استصناع). (برای ملاحظه‌ی نمونه‌های مطروح در فقه ر.ک. النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، شیخ طوسی، صص ۴۴۶ و ۴۴۷؛ الانتصار فی انفرادات الإمامیه؛ علی بن حسین موسوی، سید مرتضی، (علم الهدی)، ص ۴۴۶؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، محمد بن منصور بن احمد حلی (ابن ادریس)، ج ۲، ص ۸۶؛ تذکره الفقهاء، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی حلی، ص ۳۲۰؛ جامع المقاصد، فی شرح القواعد، ج ۷، ص ۱۳۲).

۷. جعفرپور، جمشید، «بیع استصناع»، پژوهشنامه متین، ش ۳ و ۴؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، الفارق، دائرة المعارف عمومی حقوقی، ج ۱، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۲۷۴؛ فرهنگ عناصر شناسی، حقوق مدنی- حقوق جزا، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۴۲۶؛ بیرهادی، محمدرضا، انتقال مالکیت در عقد بیع، تهران، شالیزه، ۱۳۸۶، ص ۱۲۲.

۸. خواهیم دید که در سه مذهب مالکی، حنبلی و شافعی، استصناع با عنوان عمل حقوقی مستقل مورد پذیرش قرار نگرفته است.

استصناع به عنوان یک عمل حقوقی خاص بیشتر میان فقهای حنفی و اخیراً تا حدودی میان فقهای امامیه مورد بحث و بررسی قرار گرفته و نظراتی دال بر پذیرش و یا رد این عمل حقوقی با توجه به ادله‌ی روایی و یا عقلی مطرح شده است.

۳- لزوم و جواز استصناع نیز همانند ماهیت آن، محل گفتگوی بسیار، میان علمای حقوق اسلامی قرار گرفته است. تعدادی از فقیهان، لزوم و جواز قرارداد موصوف را بر حسب مراتب مختلف عقد از مرحله‌ی تشکیل تا مرحله ساخت، رؤیت و تسلیم کالا متفاوت دانسته‌اند. در میان این عده، برخی حتی قایل به لزوم عقد در برخی مراتب نسبت به یک طرف و جواز آن نسبت به طرف دیگر شده‌اند. در مقابل، گروهی دیگر از اندیشمندان حقوق اسلامی، استصناع را به مجرد تشکیل، عقد لازم محسوب داشته‌اند و آنرا جز به استناد خيار یا اقاله قابل انحلال معرفی نکرده‌اند.

۴- مؤلفان حقوق مدنی علیرغم فقدان قانون خاص در این زمینه، با بهره‌گیری از قواعد عمومی قراردادها و آرای فقهای اسلام به طور مختصر در صدد تبیین ماهیت و احکام عمل حقوقی استصناع برآمده‌اند. نگرشی مجدد به اقوال و نظرات فقها و ملاحظه‌ی مبانی آرای آنها در خصوص ماهیت استصناع (فصل اول) و اعتبار و حکم لزوم و یا جواز این عمل حقوقی (فصل دوم) دستیابی به یک نظریه‌ی روشن در حقوق موضوعه ایران را تا حدودی هموار و میسر خواهد ساخت.

فصل اول: ماهیت استصناع

۵- بحث راجع به ماهیت استصناع موجب بروز اختلافات علمی زیادی میان علمای حقوق اسلامی گردیده و حین بررسی این موضوع، ظرافت اندیشه‌ها نمود آشکاری پیدا کرده است. در میان فقهای حنفی، استصناع به عنوان یک ماهیت حقوقی مستقل مورد توجه قرار گرفته و مباحث فراوانی پیرامون آن بروز نموده

است. بین فقهای امامیه، پیشینیان در پذیرش آن دچار تردید شده و تنها تعدادی از معاصرین هستند که توجه خود را به تأسیس مورد بحث معطوف داشته و در مقام بیان ماهیت و احکام آن برآمده‌اند. بنابراین برای شناخت ماهیت استصناع، لازم است ابتدا آرای فقهای عامه مذکور را در این خصوص بررسی کنیم (مبحث اول) و سپس به مطالعه دیدگاههای فقیهان امامیه و علمای حقوق موضوعه ایران بپردازیم (مبحث دوم).

مبحث اول: بررسی ماهیت استصناع در فقه عامه

۶- وعد یا عقد بودن استصناع اولین مسئله‌ای است که نظر احناف را در تبیین ماهیت حقوقی استصناع به خود جلب نموده است. برخی تأسیس فوق را صرفاً یک مواعده و بعضی دیگر آن را عقدی مانند سایر عقود دانسته‌اند. بررسی نظرات و استدلالهای این دو گروه طی دو گفتار جداگانه، شناخت ماهیت استصناع را آسان‌تر می‌سازد.

گفتار اول: وعده بودن استصناع

۷- برخی از علمای حنفی مانند حاکم شهید،^۹ محمد بن سلمه،^{۱۰} ابوالقاسم صفار^{۱۱} و صاحب‌المنشور^{۱۲} استصناع را وعد می‌دانند نه عقد. آنها اعلام

۹. زین الدین بن ابراهیم بن محمد معروف به ابن نجیم المصری الحنفی، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (فی فروع الحنفیه)، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ هـ، ۱۹۹۷ م، ص ۲۸۴؛ شمس الدین السرخسی، المبسوط، ج ۱۲، بیروت، دارالمعرفه، برگرفته از نرم افزار المعجم، ص ۱۳۹.
۱۰. جعفرپور، جمشید، همان، ص ۱۷۶؛ المصری، همان، ص ۲۸۴.

می‌دارند که به موجب توافق یا وعده‌ای که استصناع نام دارد، چنین مقرر می‌گردد که سازنده آن‌چه را سفارش‌دهنده می‌خواهد، بسازد و به او عرضه کند و پس از ساخت کالا مطابق با اوصاف و شرایط مورد توافق میان سازنده و سفارش‌دهنده، عقد بیعی مبنی بر فروش کالای ساخته‌شده در مقابل ثمنی که قبلاً بر آن توافق کرده بودند یا بعداً بر آن توافق می‌کنند، منعقد گردد. مطابق این نظر عقد بیع پس از ساخت کالا انشا می‌گردد، اما فعلاً فقط توافقی میان طرفین منعقد شده است که وفای به آن لازم نیست. این گروه بر نظر خود چنین استدلال می‌کنند:

اولاً، صاحب صنعت می‌تواند از انجام عمل خودداری کند و سفارش‌دهنده هم نمی‌تواند او را وادار به ساخت کالا نماید.^{۱۳}

ثانیاً، سفارش‌دهنده می‌تواند کالای ساخته‌شده را رد نماید؛ بدین صورت که قبل از رؤیت کالا می‌تواند از قبول آن عدول نماید. در حالی که اگر استصناع عقد بود، سفارش‌دهنده ملزم به قبول کالا می‌شد و امکان رجوع برای وی وجود نداشت.^{۱۴}

ثالثاً، اگر استصناع عقد بود، با فوت یکی از طرفین باطل نمی‌شد، در صورتی که استصناع در صورت فوت هریک از طرفین باطل می‌گردد.^{۱۵}

۱۱. به نقل از: جعفرپور، همان، ص ۱۷۶؛ المصری، همان، ص ۲۸۴.

۱۲. المصری، همان، ص ۲۸۴.

۱۳. السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ المصری، همان، ص ۲۸۴؛ عبد‌الناصر، جمال، الموسوعة الفقهية، ج ۳، <http://www.al-islam.com>، ص ۳۲۷.

۱۴. السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ عبد‌الناصر، همان، ص ۳۲۷؛ عثمان بن علی ذیلعی، تبیین الحقائق شرح کنزالدقائق، ج ۴، <http://www.al-islam.com>، ص ۱۲۴.

۱۵. المصری، همان، ص ۲۸۴؛ ذیلعی، همان، ص ۱۲۴.

وابعاً، اگر استصناع را عقد بدانیم به دلیل آن که هنگام انعقاد عقد، مورد معامله موجود نیست، قرارداد مورد نظر از مصادیق بیع معدوم بوده و نمی‌تواند صحیح باشد.^{۱۶}

دلایل این گروه به شرح زیر مورد انتقاد قرار داده شده است:

۸- این امر که صاحب صنعت می‌تواند از ساخت کالا سرباز زند و سفارش‌دهنده هم می‌تواند از دریافت کالا خودداری کند، دلیل بر وعد بودن استصناع نمی‌باشد، بلکه استصناع به مجرد انعقاد لازم است و هر یک از طرفین ملزم به انجام تعهدات خود در مقابل دیگری می‌باشند. بنابراین سازنده نمی‌تواند از ساخت کالا خودداری نماید و آزادی وی در ساخت کالا یا خودداری از آن و نیز اختیار سفارش‌دهنده در قبول یا رد کالای ساخته‌شده صرفاً به دلیل ثبوت خیار برای هریک از آنهاست، همان‌گونه که در عقد بیع مال شخصی نیز، هریک از بایع و مشتری در صورت عدم مشاهده‌ی کالا در زمان معامله و انعقاد عقد، به اعتماد رؤیت سابق و عدم مطابقت میع با اوصاف پیشین دارای خیار رؤیت خواهند بود.^{۱۷}

در خصوص بطلان استصناع در صورت فوت هریک از طرفین نیز چنین استدلال شده است که، استصناع از آن جهت که موضوع آن عین می‌باشد و قصد انشای طرفین به عین تعلق گرفته، بیع، اما از آن جهت که انجام عمل در آن شرط

۱۶. المصری، همان، ص ۲۸۴؛ ذیلیم، همان، ص ۱۲۴.

۱۷. السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ عبد‌الناصر، همان، ص ۳۲۷؛ المصری، همان، ص ۲۸۴؛ ذیلیم، همان، ص ۱۲۴.

است، شبیه اجاره‌ی اشخاص می‌باشد و لذا از جهتی که شبیه اجاره است به موت طرفین منفسخ می‌شود.^{۱۸}

این سخن که به دلیل بطلان بیع مال معدوم نمی‌توان استصناع را عقد دانست، پذیرفته نشده و در نقد آن چنین آمده است که تنها صورتی از بیع مال معدوم باطل خواهد بود که موجب غرر گردد و در خصوص استصناع هر چند مورد معامله هنگام عقد موجود نیست، اما چون از هر جهت از آن رفع غرر شده است، نمی‌توان حکم بطلان به معامله داد؛ زیرا به دلیل کثرت ادوات و توانایی سازنده در ساخت کالا، این ظن غالب وجود دارد که صانع در زمان مقرر، کالای مورد تقاضا را مطابق با اوصاف مقرر آماده نماید. بنابراین چه از حیث صفات، چه از نظر وجود و چه از جهت قدرت بر تسلیم غرر منتفی خواهد بود.^{۱۹}

گفتار دوم: عقد بودن استصناع

۹- اکثر علمای حنفی^{۲۰} بر این نظرند که استصناع بنا به دلایل زیر عقد می‌باشد:

اولاً، استصناع، برخلاف قاعده‌ی کلی «لا تبع ما لیس عندک» می‌باشد و صحت آن تنها از طریق استحسان و عادت جاری مردم اثبات می‌شود. در حالی که اگر وعده بود، جاری دانستن قیاس و استحسان در آن جایز نبود.^{۲۱}

۱۸. المصری، همان، ص ۲۸۵؛ ذیلی، همان، ص ۱۲۴.

۱۹. ذیلی، همان، ص ۱۲۴.

۲۰. همان، ص ۱۲۴.

۲۱. عبد الناصر، همان، ص ۳۲۷؛ المصری، همان، ص ۲۸۴؛ ذیلی، همان، ص ۱۲۴.

ثانیاً، در استصناع خیار رؤیت ثابت می‌شود، در حالی که وعده هیچ الزامی برای طرفین ایجاد نمی‌نماید تا برای برهم زدن آن نیازی به خیار باشد.^{۲۲}

ثالثاً، در استصناع، صانع به محض قبض ثمن مالک آن می‌شود، در صورتی که وعده موجب انتقال مالکیت نمی‌شود.^{۲۳}

با این حال، در میان آن دسته از فقهای حنفی که قائل به عقد بودن استصناع می‌باشند، در خصوص این که آیا استصناع از اقسام بیع است یا اجاره، اختلاف وجود دارد. این اختلاف ناشی از آن است که این دسته از فقها در خصوص موضوع عقد استصناع اتفاق نظر ندارند؛ برخی از علمای حنفی موضوع عقد استصناع را عمل صانع می‌دانند اما به اعتقاد بعضی دیگر موضوع این عقد کالای ساخته شده می‌باشد.

اول: نظریه‌ی اجاره بودن استصناع

۱۰- گروهی از علمای حنفی با این استدلال که در استصناع سفارش دهنده، سازنده را برای ساخت کالا اجیر می‌کند، استصناع را نوعی اجاره دانسته و مالکیت سفارش دهنده بر عین را به تبع مالکیت او نسبت به عمل اجیر می‌دانند. این گروه اعلام می‌کنند که فراهم ساختن مواد اولیه توسط اجیر در استصناع، به منزله‌ی تهیه‌ی آلات و ابزار کار است^{۲۴} و چنین مثال می‌زنند که ممکن است رنگرز برای رنگ آمیزی لباس، خود به تهیه‌ی رنگ و سایر لوازم پردازد ولی

۲۲. السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ ذیلی، همان، ص ۱۲۴.

۲۳. المصری، همان، ص ۲۸۴؛ ذیلی، همان، ص ۱۲۴.

۲۴. السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۹.

چنین امری مانع از اطلاق عنوان اجاره بر توافق منعقد فی ما بین او و مستأجر نخواهد شد.^{۲۵}

در انتقاد بر این نظر گفته شده است که گرچه استصناع و اجاره از آن جهت که در هر دو، انجام عمل شرط است با یکدیگر شبیه هستند، اما از جهت موضوع با یکدیگر متفاوتند؛ چرا که در اجاره‌ی اشخاص موضوع عقد، انجام عمل بوده و قصد طرفین به فعل اجیر تعلق گرفته است و اگر در پاره‌ای موارد مانند رنگری، اجیر به تهیه‌ی مواد اولیه می‌پردازد، از باب تهیه‌ی آلات و لوازم کار خویش است و مالکیت مستأجر نسبت به آن مواد به تبع عمل اجیر می‌باشد و خود مستقلاً موضوع عقد نمی‌باشد. در استصناع مورد عقد، در واقع، عین ساخته شده است نه عمل و طرفین به منظور انتقال کالای ساخته شده به انعقاد قرارداد پرداخته‌اند.^{۲۶} در این عقد گرچه مورد معامله معدوم است، اما شارع آن را موجود فرض کرده و از این موارد در شرع مقدس بسیار است.^{۲۷}

دوم: نظریه‌ی بیع بودن استصناع

۱۱- غالب فقهای حنفی، استصناع را از اقسام بیع می‌دانند، اما معتقدند که این تأسیس، ماهیت، شروط و احکام خاص خود را دارد.^{۲۸}

۲۵. المصری، همان، ص ۲۸۴.

۲۶. عبدالناصر، همان، ص ۳۲۶.

۲۷. المصری، همان، ص ۲۸۴.

۲۸. عبدالناصر، همان، ص ۳۲۷.

کسانی می‌گوید: «و قال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار و هو الصحيح».^{۲۹} شیبانی اعلام می‌دارد: «أعلم بأن البيوع أنواع أربعة: بيع عين بئمن و بيع دين في الدمة بئمن و هو السلم و بيع عمل العين فيه تبع و هو الإستئجار للصناعة و نحوهما فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل و العين هو الصنع بيع فيه و بيع عين شرط فيه العمل و هو الإستصناع فالمستصنع فيه مبيع عين».^{۳۰}

بیع شناختن استصناع، مصون از انتقاد باقی نمانده و گفته شده است:

اولاً، در استصناع، مورد معامله موجود نیست و لذا در صورتی که آن را بیع بدانیم مشمول بیع مال معدوم بوده و باطل خواهد بود.^{۳۱}

ثانیاً، بیع عقد لازم است و موت طرفین تأثیری در ادامه حیات حقوقی آن نخواهد داشت. در صورتی که استصناع با موت هریک از طرفین منحل می‌شود.^{۳۲}

در رد انتقاد فوق، همان‌گونه که پیشتر مذکور افتاد، گفته شده است که در استصناع از جهت آنکه اراده‌ی واقعی طرفین به عین کالا تعلق گرفته و سفارش‌دهنده، ثمن را در ازای کالای ساخته‌شده می‌پردازد نه عمل صاحب صنعت، مواجه با عقد بیع هستیم، اما از آن جهت که در آن، انجام عمل توسط

۲۹. الکاسانی الحنفی، همان، ص ۲.

۳۰. به نقل از السرخسی، همان، ج ۱۵، ص ۸۴.

۳۱. المصری، همان، ص ۲۸۴؛ برای ملاحظه‌ی پاسخ این انتقاد ر.ک. همین مقاله.

۳۲. السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ ذیلی، همان، ص ۱۲۴.

سازنده شرط شده، شبیه اجاره‌ی اشخاص است و لذا قرارداد مزبور از جهتی که شبیه اجاره است با موت طرفین، منحل می‌شود.^{۳۳}

برخی دیگر از فقهای عامه نیز چنین اظهار داشته‌اند که استصناع در ابتدا اجاره و در انتها بیع می‌باشد؛ چرا که اگر آن را بیع بدانیم با موت یکی از طرفین منفسخ نخواهد شد، بلکه طلب سفارش‌دهنده از ترکه قابل وصول خواهد بود و اگر آن را اجاره بدانیم سایر احکام اجاره در آن جاری نخواهد شد.^{۳۴}

۱۲- باید متذکر شد که گذشته از مباحث مربوط به ماهیت استصناع و وعد یا عقد دانستن آن، برای صحت این تأسیس، طبق نظر علمای حنفی شرایطی لازم دانسته شده است.^{۳۵} رفع جهالت از کالای مورد سفارش، مصنوع بودن مورد معامله، عدم تعیین مدت ساخت کالا و تعلق مواد اولیه به شخص سازنده‌ی کالا چهار شرطی است که باید در این خصوص مورد توجه قرار گیرد.

۱۳- یکم: طرفین باید مورد معامله را با بیان جنس، نوع، وصف و مقدار آن معلوم نمایند،^{۳۶} به گونه‌ای که خالی از هر گونه غرر باشد.^{۳۷}

مراد از غرر، در اصطلاح حقوق، بروز خطری است که از جهل به مورد معامله ناشی می‌شود و عقلاً از آن اجتناب می‌کنند. از این رو اگر شخص اقدام به عقدی نماید که در آن، مورد معامله از برخی جهات مجهول باشد و از ناحیه‌ی آن جهل،

۳۳. المصری، همان، ص ۲۸۴؛ ذیلی، همان، ص ۱۲۴.

۳۴. المصری، همان، ص ۲۸۴؛ ذیلی، همان، ص ۱۲۴.

۳۵. الکاسانی، همان، ص ۳.

۳۶. الکاسانی، همان، ص ۳؛ حیدرعلی، درر الحکام فی شرح مجله الاحکام، ج ۱، <http://www.al-islam.com>

۴۲۲.

۳۷. به نقل از جعفرپور، همان، ص ۱۷۶.

احتمال بروز ضرری برود، آن عقد غرری بوده و به موجب حدیث «فهی النبی عن بیع الغرر» محکوم به بطلان خواهد بود.^{۳۸}

لیکن ملاک در تشخیص غرری بودن معامله نظر عقلای جامعه است. از این رو برای رفع جهالت در عقد استمناع لازم نیست که مورد معامله از هر جهت معلوم باشد، بلکه همین که خصوصیات مؤثر در ارزش مورد معامله معلوم شود، کفایت خواهد کرد. برای رفع جهالت نیز ملاک خاصی وجود ندارد و می‌توان از طریق توصیف آن، توسط خود متعاقدين یا ثالث، اعم از خبره یا غیر اهل فن و یا از طریق ارائه نمونه، اقدام به معلوم کردن کالای مورد سفارش نمود. هرگاه زمان تحویل، کالای مورد سفارش واجد اوصاف مقرر در عقد نباشد بسته به این که مورد معامله به شکل عین کلی و یا عین شخصی مورد تراضی طرفین قرار گرفته باشد، سفارش دهنده از حقوق مختلفی برخوردار می‌شود. در سفارش کالای کلی چون اثر عقد پیدایش دین است و قبل از ساخت و تکمیل کالا هنوز هیچ حق عینی برای خریدار به وجود نیامده است، لذا در صورت عدم مطابقت کالای تحویلی با مال مورد سفارش، او خواهد توانست سازنده را ملزم به ساخت و تحویل کالایی کند که واجد اوصاف و خصوصیات اعلام شده در زمان انعقاد عقد باشد؛ فقط در صورت ممکن نشدن الزام سازنده به ساخت کالا با اوصاف مورد توافق، حق فسخ عقد برای خریدار پیش خواهد آمد.

اما در مورد سفارش کالا به صورت عین معین، چون کالای تمام شده واجد هر اوصافی که باشد به مالکیت مشتری در می‌آید، لذا در فرض عدم مطابقت

۳۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۸۹، ش ۳۹۰۸.

خصوصیات کالا با اوصاف مقرر در عقد، حقی برای مشتری جهت الزام سازنده به تحویل کالای دیگر به وجود نمی‌آید و او صرفاً می‌تواند مطابق مقررات خیار تخلف وصف و یا خیار اشتراط، عقد را فسخ و یا تحت شرایطی علاوه بر آن، مطالبه خسارت نیز بکند.

۱۴- دوم: مورد معامله باید از مواردی باشد که صنعت در آن شرط است. از این رو استصناع در حیوانات، خشکبار و امثال آن صحیح نیست. ابوحنیفه بیان می‌دارد که موارد استصناع باید صرفاً به کالاهایی که استصناع در آنها متعارف است از قبیل کلاه، کفش، ظروف و مانند آن محدود شود؛^{۳۹} چراکه استصناع مخالف با قیاس بوده و صحت آن براساس استحسان ثابت می‌شود؛ به علاوه اشیایی که در عرف سفارش ساخت آنها رایج نیست از طریق سلم به دست می‌آید.^{۴۰}

این نظر، چنین مورد انتقاد قرار گرفته که، کالای رایج امری نسبی است و وقوف بر یک موضوع، در زمان یا مکان معین در آینده ممکن نخواهد بود؛ چراکه حاجات مردم به طور دایم در حال تغییرند و ممکن است در آینده مردم به انعقاد عقد استصناع جهت ساخت قایق، کشتی، اسلحه، صنایع ظریف دستی و امثال آن روی آورند. از این رو نمی‌توان عقد استصناع را منحصر به آنچه قبلاً رایج بوده، دانست.^{۴۱}

۳۹. الکاسانی، همان، ص ۳؛ احمد ذیاب شویدح، عاطف أبهرید، «عقد التوريد و المقاوله فی ضوء التحدیات الاقتصادية المعاصرة»، <http://www.iugaza.edu.ps>، ص ۱۲۵۶.

۴۰. السرخسی، همان، ج ۱۵، صص ۸۵ و ۸۶؛ حیدر علی، درر الحکام شرح مجله الاحکام، ج ۱، <http://www.al-islam.com>، ص ۴۲۲.

۴۱. شویدح، أبهرید، همان، ص ۱۲۵۶ و ۱۲۵۷.

۱۵- **سوم:** گفته شده است که در استصناع باید برای تحویل کالای ساخته شده، مدت تعیین نگردد، در غیر این صورت استصناع به سلم تبدیل می شود؛ زیرا این قرارداد، فروش کالایی است که حاضر نیست و در اجل باید تحویل داده شود و این همان معامله سلم است.^{۴۲}

ابو یوسف و محمد بن سلمه، عدم تعیین مدت را در استصناع لازم ندانسته و تصریح می کنند که استصناع با تعیین مدت به سلم تبدیل نمی شود؛ چرا که در این صورت سلم هم با حذف مدت باید به استصناع تبدیل شود، در صورتی که چنین معامله ای را نمی توان استصناع دانست؛ زیرا در استصناع شرط است که کالای مورد نیاز، ساخت یک سازنده ی خاص باشد ولی در قرارداد مزبور چنین نیست. به علاوه تعیین سررسید در استصناع صرفاً برای آن است که صانع، کالا را دیرتر از موعد تحویل ندهد و چنین امری موجب تغییر ماهیت استصناع نخواهد شد.^{۴۳} بنابراین تعیین نکردن مدت اجرای تعهد صانع، نه تنها نباید شرط توصیف قرارداد سفارش کالا به استصناع شمرده شود، بلکه جهت پرهیز از غرر و پیدایش خلل در ساختمان عمل حقوقی تشکیل شده، لازم است مدت مشخصی برای ساخت کالای مورد سفارش تعیین گردد یا عرفاً مدت ساخت کالا معلوم باشد، به نحوی که مانع از بروز غرر شود.

۴۲. الکاسانی، همان، ص ۳؛ السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ المصری، همان، ص ۲۸۵؛ شویح، أبوهربید، همان، ص ۱۲۵۷؛ ذیلعی، همان، ص ۱۲۴.

۴۳. السرخسی، همان، ج ۱۲، صص ۱۳۹ و ۱۴۰ و نیز ج ۱۵، ص ۸۶؛ شویح، أبوهربید، همان، ص ۱۲۵۷؛ به نظر برخی در استصناع مدت انجام عقد از طرف مستصنع و در سلم از سوی صانع تعیین می گردد. ر.ک. پیرهادی، محمد رضا، همان، ص ۱۲۵.

۱۶- چهارم: بالاخره از جمله شرایط استصناع، آن شناخته شده است که مواد اولیه‌ی لازم برای ساخت کالا متعلق به سازنده باشد^{۴۴}. وجود چنین شرطی در استصناع موجب تفاوت آن با قرارداد اجاره‌ی اشخاص شده است. توضیح این که به مجرد انعقاد استصناع، صانع مکلف به تهیه‌ی مواد اولیه و ساخت و تحویل کالای مورد سفارش به سفارش‌دهنده می‌گردد و تا قبل از ساخته شدن آن، کالا در ملکیت صانع باقی می‌ماند و به ملکیت خریدار در نخواهد آمد. بر این اساس، عقد استصناع مقتضی انتقال مالکیت است، اما به دلیل موجود نبودن کالا که مانعی طبیعی بر سر راه انتقال مالکیت است، مواد اولیه در ملکیت صانع باقی خواهد ماند و تا لحظه‌ی ساخت به مستصنع منتقل نخواهد شد.^{۴۵} بدین ترتیب، اگر مواد اولیه پس از ساخت و تکمیل، بدون تعدی و تفريط صانع تلف شود، از آن جا که مواد مزبور در ملکیت صانع تلف شده است، تلف بر عهده‌ی مستصنع نبوده و صانع خود عهده‌دار آن خواهد بود. پس از تکمیل نیز به دلیل وجود یافتن مورد معامله و از بین رفتن مانع، کالای ساخته‌شده به ملکیت سفارش‌دهنده در خواهد آمد، اما به دلیل آن که هنوز کالا به سفارش‌دهنده تسلیم نشده است، مسئولیت تلف، کماکان بر عهده‌ی صانع بوده و در صورت تلف

۴۴. حیدر علی، همان، ص ۴۲۲ و ۴۲۳.

۴۵. البته در مورد سفارش کالا به صورت عین شخصی، ممکن است این تردید ایجاد شود که اجزاء و مواد کالای در حال ساخت متعلق به سفارش‌دهنده است. قابل ذکر است که در حقوق فرانسه نیز مالکیت کالای مورد سفارش پس از اتمام ساخت به سفارش‌دهنده منتقل می‌گردد. ر.ک.

Ph . MALAURIE , L . AYNES et P- Y . CAUTIER ; Droit civil , les contrats spéciaux, 36ème éd. Paris, Defrénois, 2007, n° 74, p.46.

کالا، سازنده، خود، متحمل خسارات وارده خواهد بود^{۴۶}. این در حالی است که در عقد اجاره، فقط فعل اجیر است که موضوع قصد انشاء قرار می‌گیرد و مواد اولیه از آن مستاجر بوده و نزد اجیر امانت خواهد بود، لذا در این حالت هرگونه تلفی که در اثر آفات سماوی و بدون تعدی و تفریط اجیر برعین وارد شود بر عهده‌ی مستاجر خواهد بود نه اجیر.

با این حال، تعلق مواد اولیه‌ی کالا به سازنده در تمامی موارد نمی‌تواند شرط حتمی استمناع محسوب شود. در پاره‌ای موارد سفارش‌دهنده شخصاً در مقام تهیه‌ی مواد کالای مورد سفارش بر اساس سلیقه‌ی خویش بر می‌آید. بنابراین منظور مؤلفین را در این خصوص باید حمل بر موارد غالب کرد.

مبحث دوم: ماهیت استمناع در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران

اطلاع از دیدگاه فقهای امامیه در باب ماهیت استمناع، ارائه راه حل حقوق مدنی ایران را در این زمینه هموار خواهد ساخت.

گفتار اول: ماهیت استمناع در فقه امامیه

۱۷- در میان فقهای شیعه، متقدمین عمدتاً در خصوص ماهیت استمناع سکوت نموده‌اند و تعداد معدودی هم که از آن نام برده‌اند با ذکر برخی مصادیق،

۴۶. در حقوق فرانسه نیز به نظر برخی اساتید و بعضی از شعب محاکم، انتقال ضمان معاوضی در این نوع بیع ها به مرحله بعد از تسلیم کالا محول شده است. ر.ک.

RTD. Civ. , 1945,121,obs., J. CARBONNIER,maintenu par cass. Civ., 1er août 1950, S.,1951,I.,100; RTD. civ ., 1951,388 obs., J. CARBONNIER.

حکم بر بطلان آن داده‌اند^{۴۷}. اما برخی از فقهای معاصر پس از بررسی ماهیت استصناع و علیرغم رد نظریه‌های حاکی از بیع و یا اجاره دانستن استصناع، توجیهاتی را برای صحت آن بر شمرده‌اند. گاه این تأسیس خود قرارداد مستقل و لازم‌الوفایی محسوب شده، گاه در قالب شبه اجاره یا جعله مورد پذیرش واقع شده و بالاخره گاه مفاد آن به صورت امر به ساختن به نحو تضمینی تحلیل گردیده است:

الف - استصناع به عنوان قرارداد مستقل

۱۸- در این فرض، به موجب توافق طرفین، قرارداد خاصی، متمایز از بیع و اجاره انشا می‌گردد. این قرارداد به خودی خود موجب انتقال مالکیت نخواهد بود، بلکه مفاد آن تعهد به بیع به نحو الزام‌آور است. به این ترتیب، طرفین با انعقاد قرارداد استصناع توافق می‌کنند که سازنده، کالای مورد سفارش را ساخته و به سفارش‌دهنده عرضه کند تا او هم در موعد مقرر آن را به قیمت مورد توافق یا قیمتی که بعداً بر آن توافق می‌کنند از سازنده بخرد. بنابراین عقد بیع پس از ساخته شدن کالا یا پس از توافق مزبور منعقد خواهد شد.

ولیکن بسیاری از فقهای شیعه با پذیرش نظریه‌ی حصری بودن عقود، توافقات خارج از چارچوب عقود معین را الزام‌آور نمی‌دانند. به نظر این دانشمندان، صرف التزام قطعی به انجام کاری را نمی‌توان عقد شمرد بلکه با انعقاد عقد، طرفین به

۴۷. ابو جعفر محمد بن حسن طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، مصحح: محمد تقی کشفی، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ هـ، ص ۱۹۴؛ یحیی بن سعید حلّی، همان، ص ۲۵۹.

رابطه‌ی اعتباری پدیدآمده میان خویش به واسطه‌ی آن عقد ملتزم می‌شوند. لذا در اثر انشای عقد حتماً باید یک رابطه‌ی وضعی اعتباری میان دو طرف ایجاد شود و صرف التزام به انجام عملی را نمی‌توان عقدی الزام‌آور دانست.^{۴۸}

ایراد فوق بی پاسخ نمانده و در رد آن بویژه به دو نکته اشاره گردیده است:

اولاً، عقود معتبر نمی‌توانند نزد شارع، منحصر به عقود معین باشند، بلکه عقود و ایقاعات از اعتبارات عقلایی بوده که شارع مقدس به دلیل نیازهای اجتماعی آن‌ها را امضا نموده است. حتی می‌توان گفت که همیشه نیازی به امضای صریح شارع هم نیست، بلکه برای اعتبار هر عقد همین اندازه که منع وردعی از سوی شارع وارد نگردیده باشد، کفایت می‌کند.^{۴۹}

ثانیاً، این نظر، عقود را منحصر به توافقاتی نموده که منشاء اثر وضعی، مانند مالکیت، زوجیت و غیره هستند و اگر تعهدی هم برای طرفین به وجود می‌آید، ناشی از همان اثر وضعی فوق فرض می‌شود. در حالی که توافقاتی هم که مستقیماً و بدون ایجاد اثر وضعی منجر به تعهد می‌شوند عقد محسوب گردیده و لازم‌الوفا هستند.

۱۹- صرف‌نظر از پذیرش یا عدم پذیرش اصل آزادی قراردادها در حقوق اسلامی و فقه شیعه باید گفت، نظریه‌ی عقد مستقل دانستن استصناع، با این ایراد اساسی مواجه است که ارتکاز عرفی در استصناع آن است که به محض انعقاد عقد و ایجاد کالا، بدون نیاز به هیچ سبب دیگر، سفارش‌دهنده، مالک کالای ساخته‌شده شود. در حالی که اگر قرارداد استصناع را یک عقد عهدی بدانیم به صرف انعقاد آن، تملیک صورت نخواهد گرفت، بلکه انتقال مالکیت از سازنده به

۴۸. هاشمی شاهرودی، محمود، همان، ص ۸-۶.

۴۹. منتظری، حسینی، <http://www.montazeri.com>.

سفارش دهنده سبب مملکت دیگری را لازم دارد. به علاوه نمی‌توان گفت، خود قرارداد استصناع موجب انتقال مالکیت می‌شود؛ زیرا تملیک عین در برابر عوض معلوم جز در قالب بیع نمی‌تواند منعقد شود و طرفین نمی‌توانند برای فرار از آثار عقدی، مفاد آن را در ضمن عقد دیگر اراده نمایند؛ حتی در نظر کسانی هم که اصل آزادی قراردادها را پذیرفته‌اند، قراردادهای خصوصی در مرتبه‌ای مؤخر از عقود معین قرار دارند نه در عرض آنها.

ب- اجاره یا شبه اجاره بودن استصناع

۲۰- مطابق این نظر، استصناع عقد اجاره یا شبه اجاره همانند جعاله است که به موجب آن سفارش دهنده، سازنده را برای ساخت کالایی که بر آن توافق کرده‌اند، اجیر می‌کند و مالکیت سفارش دهنده بر کالا به تبعیت مالکیت او نسبت به عمل اجیر یا عامل است.^{۵۰}

جعاله یا اجاره دانستن استصناع از این جهت قابل مناقشه است که در عقود مزبور، قصد طرفین به فعل اجیر (یا عامل) تعلق می‌گیرد و مبلغ پرداختی هم ما به ازای عمل اوست، اما در استصناع آنچه موضوع قصد انشای طرفین قرار می‌گیرد، عین کالای ساخته شده است و عمل شخص بر روی آن به عنوان مقدمه‌ی آن است. از این رو آنچه سفارش دهنده به سازنده می‌پردازد، اجرت عمل سازنده نیست، بلکه قیمت عین ساخته شده می‌باشد. بدین ترتیب در استصناع، عمل سازنده قطع نظر از عین کالا مالیتی نخواهد داشت، برخلاف اجاره که در آن عمل سازنده به خودی خود و فی نفسه مالیت دارد و در واقع کالای ساخته شده، نتیجه‌ی آن است.

۵۰. هاشمی شاهرودی، همان، ص ۱۷ به بعد.

استناد به قاعده‌ی تبعیت نیز در همه‌ی موارد کارساز نیست؛ چراکه این قاعده غالباً در صورتی قابل استناد است که کالای ساخته‌شده، زائیده‌ی عمل سازنده باشد، در حالی که در استصناع هیأت ظاهری کالای ساخته‌شده، در واقع منبث از مواد اولیه است نه فعل سازنده. فقط در فروض خاصی که نقش اصلی را در پیدایش کالا، عمل صانع بازی می‌کند نه وجود مواد اولیه، اعتقاد به اجاره بودن قرارداد و تبعیت فرع از اصل بی‌پایه نخواهد بود.^{۵۱}

ج- امر به ساختن به نحو تضمینی

۲۱- به موجب این نظر، استصناع عقد نیست، بلکه امر به ساختن است، به نحو تضمینی به وجهی که آمر، ضامن خرید کالای ساخته‌شده باشد.

۵۱. کاربرد قاعده تبعیت علیرغم قدمت و ریشه داشتن در حقوق رم *accessorium sequitur principale* اگر چه به کلی رها نشده است و به خصوص در قراردادهای مرتبط با اموال منقول مورد استناد قرار می‌گیرد ولی امروزه در دادگاهها آنچه در توصیف این قرارداد مرکب مورد توجه بیشتر واقع می‌شود، اقدام و عمل ویژه‌ی انجام یافته بر روی مواد اولیه‌ی کالا است. مطابق نظر دیوان کشور فرانسه موضوع قرارداد باید مورد توجه قرار گیرد؛ قرارداد بیع، مربوط به انتقال مالی است که اوصاف و ویژگی‌های آن پیشاپیش تعیین و طراحی گردیده و به صورت انبوه و سری تولید می‌گردد ولی ملاک تشخیص قرارداد مقاطعه و یا اجاره‌ی شخص در طبیعت ویژه‌ی کاری نهفته است که باید بر روی چیزی انجام پذیرد. ر.ک.

Cass. Com., 17 mars 1998 , Bull. Civ.IV. , n° 104; Cass. Com., 6 mars 2001, JCPG, 2001, II., 10564, n.F. LABARTHE.

در حقوق آلمان نیز همین نظر اعمال می‌شود. ر.ک.

Vincent, HEUZE, Traite des contrats, La vente internationale de marchandises, Paris, L.G.D.J., 2000, p.3.

بر این اساس سازنده به ضمانت سفارش دهنده، مأمور ساخت کالا به ازای قیمتی که بر آن توافق کرده‌اند، می‌باشد و سفارش دهنده هم پس از ساخت کالا در قبال تملک کالای ساخته‌شده، ضامن قیمت آن است. فقهای شیعه در پذیرش و ضمان امر به اتلاف، همانند ضمان امر به عمل، تردیدی به خود راه نداده‌اند؛ مثلاً آن‌جا که شخصی دیگری را امر به انداختن مالش در دریا می‌کند، عمل او را ضمان آور تلقی نموده‌اند، همان‌گونه که در مواردی که شخص امر به دوختن لباسی می‌نماید، او را ضامن دوخت آن می‌دانند (ضمان عمل) ۵۲.

بنابراین می‌توان استصناع را از باب ضمان اتلاف دانست و بدین ترتیب بقای مالکیت سازنده بر کالای ساخته‌شده را تا لحظه‌ی تحویل توجیه کرد، اما پذیرش این نظر منوط به آن است که ضمان اتلاف توسعه یابد و مواردی را هم که مال در ملکیت مالک باقی مانده و فقط صورت و هیأت ظاهری آن تغییر یافته است، مشمول آن دانست.

لیکن باید گفت، این نظر حتی در فرض توسعه معنای اتلاف، مالکیت سفارش دهنده بر مال را توجیه نمی‌کند؛ چرا که مجرد امر به ساختن کالا و حتی ساخت آن، برای تملیک عین ساخته‌شده به سفارش دهنده کافی نخواهد بود، لذا حتی پس از ساخت، کالای ساخته‌شده در ملکیت صانع باقی می‌ماند و انتقال آن به سفارش دهنده به سبب ناقل دیگری نیاز خواهد داشت. ۵۳

۵۲. هاشمی شاهرودی، همان، صص ۱۶ و ۱۷.

۵۳. همان، ص ۲۱ به بعد.

به علاوه با پذیرش این نظر، سفارش دهنده ضامن مواد اولیه از باب ضمان اتلاف مال و نیز ضامن عمل صانع از باب ضمان اتلاف عمل خواهد بود. در حالی که در استصناع سفارش دهنده، ضامن پرداخت بهای کالای ساخته شده می باشد که ممکن است به کلی متفاوت از مبلغ مزبور در آید.

گفتار دوم: ماهیت استصناع در حقوق ایران

۲۲- از آنچه تاکنون نقل شد، فهمیدیم که استصناع عبارت از آن است که شخصی به نزد صنعتگری بیاید و از او بخواهد که کالایی را با اوصاف معین برای او بسازد و ثمن هم تعیین گردد یا بنا شود در آینده تعیین گردد. این عمل دو صورت می تواند داشته باشد:

گاه مواد اولیه از آن سفارش دهنده است و مبلغ پرداختی هم در مقابل عمل شخص قرار می گیرد، یعنی آنچه موضوع قصد انشای طرفین قرار می گیرد عمل صنعتگر است، نه کالای ساخته شده توسط او، بلکه کالا به تبع عمل، موضوع عقد واقع می گردد. در چنین فرضی ماهیت حقوقی انشاشده چیزی جز اجاره‌ی اشخاص نخواهد بود^{۵۴}.

گاه ممکن است مواد اولیه از آن سازنده باشد، در این حالت ثمن پرداختی در مقابل کالای ساخته شده‌ی نهایی قرار می گیرد؛ چراکه اراده‌ی انشایی طرفین به کالای نهایی تعلق گرفته است و عمل صنعتگر به تبع آن، موضوع قصد انشا واقع شده است. در این حالت باید بررسی شود که ماهیت قرارداد منعقدہ چیست.

۵۴. همان، ص ۳؛ جعفرپور، همان، صص ۱۷۴ و ۱۷۵؛ کاشف الغطاء، همان، ج ۱، قسمت ۲، ماده ۴۲۱، ص ۱۳۱.

۲۳- با توجه به قصد انشای طرفین در خصوص آن سه فرض به ذهن می‌رسد:

اول، وعده غیر قطعی: پس از گفتگوهای مقدماتی میان طرفین، یک وعده‌ی غیر قطعی برای خرید کالا در آینده منعقد می‌شود، بدین ترتیب که سفارش‌دهنده به صنعتگر می‌گوید تعدادی کالا برای من بساز شاید در آینده آن را از تو خریدم و صنعتگر هم می‌پذیرد. چنین تعهد غیر الزام‌آوری در حقوق ایران «وعده» یا مواعده نامیده می‌شود.^{۵۵}

دوم، تعهد به بیع: پس از گفتگوهای لازم میان طرفین یک قرارداد قطعی منعقد می‌گردد که به موجب آن، انتقال مالکیت میان طرفین صورت نمی‌گیرد، بلکه صنعتگر متعهد می‌شود، تعداد کالاهای مورد توافق را بسازد و پس از ساخت، آن‌ها را به سفارش‌دهنده تملیک نماید و سفارش‌دهنده هم ملزم به خرید آن پس از ساخت می‌شود.^{۵۶} چنین توافقی در حقوق ایران یک عقد غیر معین است و از جهت نفوذ و لزوم مشمول ماده‌ی ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی می‌گردد.

سوم، بیع قطعی: پس از گفتگوهای مقدماتی میان طرفین، یک قرارداد انتقال مالکیت منعقد می‌گردد که به موجب آن مقرر می‌شود، کالای مورد توافق پس از ساخت، خود به خود، بدون نیاز به اراده‌ی انشایی دیگر به ملکیت سفارش‌دهنده در آید. این نوع قرارداد سفارش ساخت، در حقوق ایران منطبق با بیع مال آینده می‌باشد^{۵۷}؛ زیرا مبادله‌ی عین در برابر قیمت در حقوق ایران ماهیتی جز بیع

۵۵. جعفری لنگرودی، دائرة المعارف عمومی حقوق، ج ۱، ص ۲۷۵؛ مؤمن قمی، محمد، همان، ص ۲۱۲.

۵۶. مؤمن قمی، همان، صص ۲۰۸ و ۲۰۹.

۵۷. پیرهادی، همان، ص ۱۱۴ به بعد؛ جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، ش ۳۴۶۴، ص ۹۲۵.

نخواهد داشت (ماده‌ی ۳۳۸ ق.م.ا). بنابراین برای درستی قرارداد مزبور نیز همان احکامی که در صحت بیع شرط است، لازم می‌باشد.
در این فرض دو صورت متصور است:

صورت اول، ممکن است سازنده، بخشی از کالا را ساخته باشد و طرفین توافق کنند که صنعتگر، مواد اولیه‌ای با اوصاف معین تهیه کرده و کالا را تکمیل نماید و سفارش‌دهنده پس از اتمام کار، مالک کالا شود، این توافق همان بیع عین معین با تأخیر در انتقال مالکیت است.

صورت دوم، گاه مورد سفارش به صورت نیم‌ساخته موجود نیست و طرفین توافق می‌کنند، سازنده پس از تهیه‌ی مواد اولیه‌ای که در قرارداد معلوم شده است، کالا را تکمیل کند و سفارش‌دهنده پس از ساخت کالا مالک آن گردد، در این حالت قرارداد منعقد به علت آن که مورد آن دارای مصداق مشخص و معینی نزد طرفین است و از ابتدای عقد، آن مصداق برای خریدار در نظر گرفته می‌شود، بیع عین معین آینده محسوب خواهد شد.

۲۴- در فرضی که هنگام انعقاد عقد، مواد اولیه‌ی مورد نیاز برای ساخت کالا موجود نیست و سازنده خود به تهیه‌ی مواد لازم برای ساخت یا تکمیل کالا می‌پردازد، این شبهه مطرح شده است که قرارداد، ترکیبی از وکالت و بیع می‌باشد. تحلیل مذکور خلاف ارتکاز عرفی استصناع است؛ زیرا در استصناع این‌گونه نیست که سفارش‌دهنده، سازنده را حتماً برای خرید مواد اولیه‌ی کالا وکیل کند، ضمن آنکه از لوازم این تحلیل آن خواهد بود که اولاً، مواد اولیه‌ی خریداری شده، حتی قبل از ساخت کالا به مالکیت سفارش‌دهنده در آید و تلف و خسارت آن نیز بر عهده‌ی او باشد، ثانیاً، سفارش‌دهنده در صورت عدول از سفارش خود قبل از ساخت، ملزم باشد که موارد اولیه‌ی خریداری‌شده را خود بردارد، ثالثاً، سازنده بدون اجازه‌ی سفارش‌دهنده، حق تصرف در مواد تهیه شده و

تعویض آنها را نداشته باشد در حالی که این قبیل الزامات، قطعاً تناسبی با عقد استصناع ندارد.^{۵۸}

به علاوه در فرض اخیر که هیچ کالای نیم‌ساخته‌ای وجود ندارد و طرفین توافق می‌کنند که سازنده با تهیه مواد اولیه به ساخت کالا پردازد، برخی بیان داشته‌اند که موضوع قرارداد امری کلی است و از آن‌جا که قرار است تحویل آن در آینده انجام شود، قرارداد، بیع سلف خواهد بود؛ لذا باید تمامی شرایط بیع سلف در آن رعایت شود.^{۵۹} اما باید گفت چنین توافقی را حتی اگر در تمامی موارد، موضوع قرارداد را عین کلی بدانیم، نمی‌توان سلف نامید؛ چراکه در سلف انجام کار روی کالا شرط نیست، در حالی که در فرض مزبور سفارش گیرنده ملزم به انجام یک فعل که همان ساخت کالا است، می‌گردد.^{۶۰}

۲۵- اگرچه در نظام حقوق مدنی ایران ماهیت استصناع مورد بحث و تحلیل کافی قرار نگرفته است، اما استقلال ماهیت این تأسیس و عقد بودن آن بر اساس نظر برخی از نویسندگان قابل انکار نمی‌باشد.^{۶۱} به نظر می‌رسد این عمل حقوقی ماهیتی کاملاً مختلط و دوگانه داشته باشد. از جهت انتقال مواد متشکله‌ی کالای مورد سفارش که جوهر و اساس مورد معامله را تشکیل می‌دهد، قرارداد منعقد به بیع شباهت دارد و از جهت خلاقیت و هنری که سازنده در ترکیب و آفرینش کالا از خود نشان می‌دهد قرارداد فوق به اجاره و مقاطعه نزدیک است. شباهت

۵۸. هاشمی شاهرودی، همان، ص ۲۱.

۵۹. مؤمن قمی، همان، ص ۲۱۴.

۶۰. عبدالناصر، همان، ص ۳۲۶.

۶۱. جعفری لنگرودی، الفارق، ج ۱، ص ۲۷۵.

استصناع به قرارداد مقاطعه کاری و اجاره‌ی شخص در اغلب سفارشات مربوط به ساخت کالا، به علت دوری سازنده از تولید انبوه و نقش خلاق وی در پدید آوردن اثر خاص و منحصر، محسوس می‌شود. اراده‌ی متعاقدين نیز در زمان معامله، بر مورد معامله و فعل صانع، هر دو تعلق می‌گیرد و بسته به شرایط مختلف و نوع کالای مورد سفارش، گاه توجه متعاقدين به ترکیبات شیء ساخته شده بیشتر است و گاه به نقش هنری سازنده.^{۶۲}

فصل دوم: اعتبار استصناع و بررسی حکم لزوم و جواز آن

۲۶- همان‌طور که دیدیم فقهای عامه در خصوص ماهیت استصناع دارای نظر واحد نیستند. علمای مالکی، شافعی و حنبلی، استصناع را ملحق به سلم دانسته و شروط سلم را در آن لازم می‌دانند، اما اکثر فقهای حنفی قایل به استقلال استصناع از عقد سلم هستند. با این حال لزوم و یا جواز قرارداد استصناع نیز میان فقهای مذهب اخیر مورد اختلاف فروان قرار گرفته و نظرات گوناگونی در این مورد ابراز گردیده است. مباحث مزبور در میان فقهای امامیه و علمای حقوق مدنی ایران هم کم و بیش مطرح است و در این موارد نقطه نظرات خاصی از جانب آنها اعلام شده است.

۶۲. همان‌طور که پیشتر نیز اشاره شد، راه حل دیوان کشور فرانسه توجه به طبیعت مورد معامله است؛ قرارداد سفارش ساخت هرگاه مربوط به کالای تولید انبوه باشد بیع محسوب و در فرض انجام کار ویژه بر روی شیء مقاطعه شناخته می‌شود.

Cass.com, 4Juill. 1989; D., 1990, 246, n. G. VIRASSAMY; cass.com, 7 nov, 2006, Bull. civ.IV, n°215; cont.conc.consom, 2007 n°62, n .L. LEVENEUR

نقل آرای فقهای عامه و امامیه و مؤلفان حقوق مدنی ایران در باب اعتبار استصناع و نقد و تحلیل این آرا از یک سو (مبحث اول) و بررسی انظار دانشمندان مزبور در باب لزوم و جواز استصناع از سوی دیگر (مبحث دوم)، به آشکار شدن بیشتر جایگاه قرارداد مورد بحث در نظام حقوق اسلامی و حقوق موضوعه ایران کمک می‌نماید.

مبحث اول: اعتبار استصناع در فقه عامه، فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران

قبل از ملاحظه‌ی نظرات فقیهان امامیه و علمای حقوق مدنی ایران در خصوص اعتبار استصناع (گفتار دوم) سزاوار است ابتدائاً اعتبار این قرارداد در فقه عامه مورد بررسی و مطالعه قرار گیرد (گفتار اول).

گفتار اول: اعتبار استصناع در فقه عامه

وجود اختلاف نظر در ماهیت استصناع منجر به بروز عقاید متفاوت در میان فقهای مذاهب عامه گردیده است. این آرا در مجموع در دو دسته‌ی کلی (رد یا پذیرش استصناع) قابل طبقه‌بندی هستند.

الف - عدم پذیرش استصناع

۲۷- علمای مالکی، حنبلی و شافعی^{۶۳} بر این اعتقادند که عقد استصناع فقط در صورتی صحیح است که در قالب سلم و با رعایت تمامی شرایط آن منعقد گردد.^{۶۴} این گروه بر نظر خود چنین استدلال می‌کنند:

۶۳. آیت الله مؤمن قمی در مقاله‌ی استصناع (قرارداد سفارش ساخت) عبارت ذیل را از کتاب الأم شافعی آورده است: «اگر سفارش‌دهنده شرط کند که صنعتگر برای او طشتی از مس و آهن و یا مس و سرب بسازد، روا نیست؛ زیرا این دو خالص نیستند، تا مقدار هر یک از آن دو شناخته شود. این شرط همانند شرط



یکم- به دلیل آن که در برخی موارد استصناع، کالای مورد سفارش کلی و بر دمه‌ی سازنده است و ثمن کلی نیز به قبض سازنده در نمی‌آید و بر دمه‌ی سفارش دهنده است، این معامله بیع دین به دین محسوب می‌گردد، حال آن که به موجب روایت عبدالله بن عمر، پیامبر (ص) از بیع کالی به کالی نهی فرموده^{۶۵} و مراد از کالی به کالی قرار گرفتن دین در مقابل دین است^{۶۶} که اکثر فقها بر

رنگ در لباس نیست؛ زیرا رنگ در لباس، زیوری است که موجب دگرگونی ویژگی لباس نمی‌شود، اما این [ساختن لباس از دو عنصر] نوعی افزایش در خود کالای ساخته شده است. شافعی می‌افزاید: چنین است هر چیزی که سفارش ساخت آن داده می‌شود» (مؤمن قمی، همان، صص ۲۰۲ و ۲۰۳). بنابراین ایشان از این سخن استنباط نموده است که شافعی قائل به درستی قرارداد سفارش ساخت می‌باشد و چنین استدلال کرده است: «دلیل شافعی بر عدم جواز [شرط مذکور] این است که مقدار هر کدام از دو جزء کالای ساخته شده مشخص نیست و به همین سبب، کالای فروخته شده معلوم نیست. لازمه‌ی این سخن آن است که هرگاه مقدار هر کدام از این دو مشخص باشد، سفارش ساخت طشت روا خواهد بود. در این صورت، به گفته‌ی شافعی: «هر سفارش ساخت چنین است». (مؤمن قمی، همان، صص ۲۰۲ و ۲۰۳). چنین استنباطی از سخن شافعی در هیچ یک از کتب عامه به چشم نمی‌خورد و تمامی فقهای اهل سنت به اتفاق بیان داشته‌اند که شافعی قائل به بطلان عقد استصناع (در صورتی که به طریقی غیر از سلم منعقد گردد)، می‌باشد؛ به علاوه شافعی استصناع را در باب سلم از کتاب الأم خود آورده است که این امر حاکی از آن است که ایشان استصناع را عقدی مستقل از سلم نمی‌داند. (أبی عبدالله محمد بن إدريس الشافعی، کتاب الأم، ج ۳، چاپ دوم، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۳ هـ، ۱۹۸۳ م، ص ۱۳۴).

۶۴. جعفرپور، همان، ص ۱۷۵.

۶۵. أبی عبدالله الحاکم النیسابوری، المستدرک علی الصحیحین، ج ۲، بیروت، دارالمعرفه، برگرفته از نرم‌افزار المعجم، ص ۵۷؛ أبی بکر أحمد بن الحسین بن علی البیهقی، السنن الکبری، ج ۵، دارالفکر، برگرفته از نرم‌افزار المعجم، ص ۲۹۰.

۶۶. البیهقی، همان، ج ۲، ص ۲۹۰؛ النیسابوری بیع کالی به کالی را بیع نسیه به نسیه معنا کرده است. (النیسابوری، مستدرک، ج ۴، ص ۵۷).

بطلان چنین بیعی نظر داده‌اند.^{۶۷} ابن تیمیه و ابن قیم هم نظر داده‌اند که بیع دین به دین هیچ نفعی برای متعاقدين ندارد و بی جهت باعث اشتغال ذمه‌ی هر دو طرف می‌شود.^{۶۸}

الثبیتی می‌نویسد: «در عقودی که نسبت به یک عین موجود، که در بلد متعاقدين یا غیر آن دارای وصف مساوی است، منعقد می‌شوند، تسلیم ثمن شرط نیست، اما در خصوص عقودی که مبیع در آن بر ذمه وصف می‌شود یا برای تسلیم مبیع اجل قرار داده می‌شود (بیع سلم) تسلیم ثمن در مجلس عقد شرط است؛ زیرا هر دو بدل، در ذمه قرار می‌گیرد و این امر باعث داخل شدن بیع در «بیع دین به دین» که از آن نهی شده، می‌گردد. نهی از بیع کالی به کالی را همه قبول دارند هرچند که بر سندیت آن اعتراضاتی وارد شده است»^{۶۹}.

۲۸- استدلال مزبور به طریق زیر مورد انتقاد قرار گرفته است:

اولاً، حدیث نهی از بیع کالی به کالی حدیث ضعیفی است؛ چرا که موسی بن عبیده الربذی آن را نقل کرده و ایشان در کتب حدیث توثیق نشده است^{۷۰} و

۶۷. به نقل از شویدح، أبوهرید، همان، ص ۱۲۴۵.

۶۸. همان، ص ۱۲۴۵.

۶۹. به نقل از همان، ص ۱۲۴۵.

۷۰. ر. کد. فتح الباری شرح صحیح البخاری، ج ۳، ۶، ۹، ۱۲، شهاب الدین احمد بن علی بن محمد بن محمد بن حجر العسقلانی الشافعی، بیروت، دار المعرفه، ۱۳۰۰ هـ؛ سنن ابن ماجه، ج ۱ و ۲، أبی عبدالله محمد بن یزید القزونی ابن ماجه، دار الفکر، برگرفته از نرم‌افزار المعجم؛ سنن الترمذی، ج ۲ و ۴، أبی عیسی محمد بن عیسی بن سوره الترمذی، دارالفکر، برگرفته از نرم‌افزار المعجم؛ همان، ج ۲ و ۵، البیهقی؛ مجمع الزوائد منبع الفوائد، ج ۱، ۲، ۶، ۷، ۸، ۹ و ۱۰، الحافظ نورالدین علی بن أبی بکر الهیثمی، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۸ هـ، ۱۹۸۸ م؛ تحفه الأحوذی بشرح جامع الترمذی، ج ۴، أبی العلاء محمد عبدالرحمن بن عبدالرحیم المبارکفوری، چاپ اول، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۹۹۰ م.

احمد بن حنبل نیز بر عدم ضبط حدیث منقول از وی تصریح می‌کند: «لا أكتب حدیث موسی بن عبیده الربدی».^{۷۱}

ثانیاً، ادعای اجماع بر بطلان بیع دین به دین هم ثابت نیست. کما اینکه ابن قیم بیان می‌دارد که در خصوص بطلان بیع دین به دین نه نص فقهی وجود دارد و نه اجماع علما، بلکه فقط از بیع کالی به کالی نهی شده و کالی نیز عبارت است از مالی که در زمانی مؤخر از عقد، به قبض انتقال گیرنده در می‌آید. همان‌گونه که اگر در بیع سلم یک شیء بر ذمه باشد و مبیع و ثمن هر دو مؤخر باشند، بیع سلم فوق بنا بر اجماع صحیح نخواهد بود، زیرا چنین بیعی، بیع کالی به کالی خواهد بود.^{۷۲} امام مالک، کالی به کالی را چنین تفسیر کرده است: «الکالی بالکالی بیع الرجل دیناً له عن رجل بدین علی رجل آخر».^{۷۳}

بنابراین در تفسیر کالی به کالی اختلاف وجود دارد و این، خود دلیل بر عدم اجماع بر نص واحدی از بیع کالی به کالی است.^{۷۴}

ثالثاً، ادعای این که مؤجل بودن عوضین، موجب اشتغال بلافاصله‌ی ذمه‌ی طرفین می‌گردد، صحیح نیست؛ زیرا هر انسان عاقلی منظور صحیح و عاقلانه‌ای را از انعقاد یک عقد دنبال می‌کند و در صورتی که تأجیل بدلیل منجر به اشتغال بی‌فایده‌ی ذمه‌ی طرفین شود، بی‌تردید مبادرت به انعقاد چنین عقدی نخواهند کرد.^{۷۵}

۷۱. الحاکم النیسابوری، مستدرک، ج ۲، ص ۲۳۱.

۷۲. به نقل از شویدح، أبوه‌رید، همان، ص ۱۲۴۶.

۷۳. مالک بن انس الأصحبی، الموطاء، ج ۲، مصحح: محمد فؤاد عبدالباقی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ هـ، ۱۹۸۵ م، ص ۶۶۰.

۷۴. شویدح، أبوه‌رید، همان، ص ۱۲۴۶.

۷۵. همان، ص ۱۲۴۶.

دوم - استصناع بیع معدوم است، بنابراین مشمول بیع ما لم يملك بوده و به موجب حدیث مرفوع^{۷۶} حکیم بن حزام که از قول پیامبر (ص) اعلام می‌دارد: «لا تبع ما ليس عندك»^{۷۷} عقد مورد نظر باطل می‌باشد.^{۷۸}

وجه استدلال به این حدیث چنین است که، پیامبر (ص) از بیع ما ليس عند الانسان نهی فرموده است و مال معدوم هم مشمول بیع ما ليس عند الانسان است و لذا فروش مال معدوم در قیاس با مال موجودی که نزد صاحبش نیست، به بطلان سزاوارتر است. سرخسی در المبسوط از قول محمد بن حسن شیبانی صاحب «المختصر» آورده است: «وإذا إستصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستاً أو كوزاً أنه النحاس فالقياس أن لا يجوز ذلك» و سپس در شرح کلام ایشان بیان می‌دارد که مراد از قیاس، قیاس با بیع مال معدوم

۷۶. حدیث مرفوع از نظر اهل سنت حدیثی است که به پیامبر (ص) متصل شود اما فقهای شیعه حدیث مرفوع را حدیثی می‌دانند که ضمن آن، قول، فعل یا تقریری به معصوم (ع) نسبت داده می‌شود.

۷۷. در سنن الترمذی آمده است: «حدثنا قتيبة حدثنا هشيم عن أبي بشر عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام قال سألت رسول الله (ص) فقلت يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيع؟ قال «لا تبع ما ليس عندك». (الترمذی، سنن الترمذی، ج ۲، ص ۳۵۱). این روایت با همین مضمون در سنن النسائی هم آمده است. (أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي؛ سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي و حاشية الامام السندی، ج ۷، بیروت، دار إحياء التراث العربی، [بی‌تا]، صص ۲۸۸ و ۲۸۹). در دیگر کتب حدیث چنین آمده است: «لا يحل سلف و بيع و لا شرطان في بيع و لا ربح ما لا يضمن و لا بيع ما ليس عندك». (القرطبي، سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۷۳۷؛ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ج ۲، دار الفكر، ص ۱۴۵؛ الترمذی، سنن الترمذی، ج ۲، ص ۳۵۱؛ الحاكم النيسابوري، مستدرک، ج ۲، ص ۱۷؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج ۵، صص ۲۶۷ و ۳۱۳).

۷۸. منصور بن یونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع، ج ۳، چاپ اول، بیروت، دار الكتب العلمية، ۱۴۱۸ هـ، ۱۹۹۷ م، ص ۱۹۰.

است و چنین می‌گوید: «لأن المستصنع فيه مبيع و هو معدوم و بيع المعدوم لا يجوز لنهيه صلى الله عليه و سلم عن بيع ما ليس عند الانسان ثم هذا في حكم بيع العين ولو كان موجوداً غير مملوك للعائد لم يجز بيعه فكذلك إذا كان معدوماً بل أولى».^{۷۹}

۲۹- این استدلال نیز از چند جهت مورد خدشه واقع شده است:

اولاً، در خصوص تفسیر حدیث مزبور، میان فقهای عامه اختلاف نظر وجود دارد:

۱- ابن عبدالبر تفسیری از فقهای مالکی ذکر می‌کند که ایشان نهی در عبارت «بيع ما ليس عند الإنسان» را فقط بر طعام حمل کرده‌اند و مستند این تفسیر روایت ابن عمر از رسول الله (ص) است که گفت: «اگر کسی طعامی را فروخت، بیع واقع نمی‌شود مگر تا وقتی که طعام به دست او برسد».^{۸۰}

۲- شافعی این حدیث را چنین تفسیر کرده است که «بيع ما ليس عند الإنسان» بیع عینی است که فروشنده مالک آن نیست و مثل این تفسیر را برخی از کتب شرح احادیث نیز ذکر کرده‌اند.^{۸۱} پس آن فروش کالایی است که در ملکیت غیر می‌باشد و با بیع سعی می‌کند با خرید کالا از صاحبش، آن را به دست آورد و به مشتری تسلیم نماید.^{۸۲}

۷۹. السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۸.

۸۰ به نقل از: شویدح، ابوهربید، همان، ص ۱۲۴۹.

۸۱ المبارکفوری، همان، ج ۴، ص ۳۶۰.

۸۲ به نقل از: شویدح، ابوهربید، همان، ص ۱۲۴۹.

۳- ابن قیم در تفسیر حدیث مزبور گفته که مراد از آن، بیع چیزی است که بر حصول یا عدم حصول آن اطمینان وجود ندارد و چنین بیعی غرری می‌باشد، مانند بیع شتر فراری، پرندۀ در هوا و حمل حیوان^{۸۳}.

ثانیاً، نه در کتاب خدا و نه سنت رسول خدا (ص) چنین نیامده است که به صورت عام، چه با لفظ عام و چه با معنای عام، از بیع مال معدوم نهی شود، بلکه فقط فروش برخی از اشیای معدوم باطل دانسته شده، همان‌گونه که از بیع برخی کالاهای موجود نهی شده است. در این اشیاء علت منع، وجود یا عدم نیست، بلکه علت نهی وجود غرر است و مراد از غرر، بیع چیزی است که بایع قادر بر تسلیم آن نیست، به نحوی که درباره‌ی حصول یا عدم حصول آن اطمینانی وجود ندارد، خواه مبیع موجود باشد یا معدوم؛ از قبیل بیع حیوان فراری و مانند آن. بنابراین با چنین تفسیری از حدیث مزبور تنها آن قسم از بیع مال معدوم مورد نهی قرار می‌گیرد که مبتنی بر غرر باشد، نه فروش هر مال معدومی به طور عام.^{۸۴}

ثالثاً، فقهای عامه با توجه به تفسیر ابن قیم از روایت مزبور چنین استدلال کرده‌اند که در مواردی که موضوع معامله هنگام انعقاد عقد موجود نیست، تنها در صورتی معامله غرری و باطل تلقی می‌شود که در خصوص وجود یا عدم آن پس از عقد شک و تردید وجود داشته باشد. در حالی که در استصناع به علت آن که فروشنده خود سازنده‌ی کالا است و در کار خود تبحر و تخصص دارد،

۸۳ شمس الدین محمد بن ابوبکر بن ایوب بن سعد بن حریر زرعی دمشقی معروف به ابن قیم الجوزیه، زاد المعاد فی هدی خیر العباد، ج ۵، محقق: محمد الأنور أحمد البلتاجی، ج ۵، بیروت، المکتبه العصریه، ۱۴۲۲

، ۸۶۹، ص ۲۰۱، م ۸۶۹.

۸۴ همان، ص ۸۶۸ به بعد.

این ظن غالب وجود دارد که مورد معامله در آینده توسط او ساخته و تحویل خواهد شد؛ لذا در چنین قراردادی غرر منتفی و عقد صحیح تلقی می‌گردد.^{۸۵}

سوم- بالاخره گفته شده است که وجود جهالت در باره‌ی کالای ساخته‌شده باعث ایجاد غرر در آن می‌شود؛ چراکه ممکن است کالای ساخته‌شده بر اساس سفارش، حین تحویل، کمتر یا زیادتر از مقداری که بر آن توافق‌شده، درآید.^{۸۶}

دلیل مزبور نیز مورد مناقشه واقع شده و اعلام گردیده است که وجود غرر در صورتی که قابل اغماض باشد، لطمه‌ای به صحت عقد نمی‌زند و موارد زیادی در فقه وجود دارد که از جهل و غرر در معاملات به دلیل اندک بودن آن چشم‌پوشی شده است. نفی در غرر را باید بر غرر کثیر حمل کرد؛ در عقد استصناع گرچه ممکن است غرر جزئی وجود داشته باشد، اما به دلیل آن که خصوصیات کالایی که در آینده قرار است ساخته شود به خوبی معلوم می‌شود، غرر کثیر وجود ندارد و لذا عقد منعقد صحیح می‌باشد.^{۸۷}

ب- پذیرش استصناع

۳۰- فقهای حنفی در توجیه نظر خود و دفاع از صحت استصناع به دلایل روایی زیر استناد نموده‌اند:

۸۵ شویذح، أبوهریید، همان، ص ۱۲۵۰.

۸۶ مالک بن انس الأصحبی، مدونه الکبری، ج ۴، ص ۱۸؛ أبی عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربی معروف به الحطاب الرعینی، مواهب الجلیل شرح مختصر الخلیل، ج ۶، چاپ اول، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۶ هـ، ۱۹۹۵ م، ص ۵۱۷.

۸۷ به نقل از شویذح، أبوهریید، همان، صص ۱۲۴۴ و ۱۲۴۵.

اول، استناد شده است به روایت عبدالله بن عمر که بر اساس آن نقل می‌شود که پیامبر گرامی اسلام (ص) سفارش ساخت انگشتری از طلا می‌دهد و چون مردم ایشان را می‌بینند شروع به استفاده از انگشتر طلا و سفارش ساخت این قبیل انگشترها می‌نمایند، تا این که نبی اکرم (ص) بالای منبر رفته، پس از حمد و ثنای خداوند، دوری گزیدن خویش را از به دست کردن انگشتر طلا اعلام و مردم نیز به تبعیت از ایشان اقدام به ترک این عمل می‌نمایند.^{۸۸}

بر این حدیث چنین ایراد شده است که پیامبر (ص) چطور سفارش انگشتری از طلا را می‌دهد در حالی که تزئین با طلا برای مرد حرام است.^{۸۹}

دوم، استناد شده است به آن چه در دو صحیحی بخاری و مسلم از حدیث سهل آمده است که به موجب آن پیامبر (ص) پیکی به سوی زنی فرستاد و فرمود: «مَرِي غَلَامَكَ النِّجَارَ أَنْ يَعْمَلَ لِي أُعْوَاداً أَجْلِسُ عَلَيْهِنَّ إِذَا كَلِمَتِ النَّاسِ»^{۹۰} پس زن به غلامش امر کرد و او از چوب‌های جنگل منبری ساخت و آن را نزد رسول خدا (ص) آورد و او نیز قبول کرد و محل استقرار منبر را تعیین فرمود.

سوم، پذیرش استصناع بر مبنای استحسان نیز توجیه شده است. حتی در صورت عدم قبول ادله مربوط به رد «بيع ما ليس عند الإنسان» باز هم صحت استصناع بر اساس

۸۸. أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم ابن المغيرة بن بردزبه البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج ۷، دار الفكر، ۱۴۰۱ هـ، ۱۹۸۱ م، ص ۵۳؛ أبي الحسين مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، ج ۶، بيروت، دار الفكر، ص ۱۵۰.

۸۹. مسلم النيسابوري، الجامع الصحيح، ج ۶، صص ۱۳۶، ۱۴۹ و ۱۵۰.

۹۰. البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج ۱، ص ۱۱۶ و ۲۲۰؛ مسلم النيسابوري، الجامع الصحيح، ج ۲، صص ۷۴.

استحسان قابل اثبات است؛ چراکه پیامبر (ص) فرمود: «ما رأه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن»^{۹۱} و نیز فرمود: «لا تجتمع أمتی علی الضلالة».^{۹۲} مردم نیاز دارند به این که کالاهای مورد نیاز خود را با همان صفتی که مایلند بسازند؛ بر این اساس اگر استصناع را جایز ندانیم اشخاص در حرج و سختی گرفتار خواهند شد. به علاوه مردم از زمان پیامبر (ص) تاکنون از طریق استصناع داد و ستد می کرده‌اند در حالی که هیچ کس منکر آن نبوده است و متداول بودن امری در بین مردم بدون آن که کسی منکر آن باشد، یکی از اصول است که در مقابل آن هر نوع قیاسی رها می‌شود. همان گونه که استحمام و حجامت و نوشیدن آب با دست، همگی به دلیل آن که در میان مردم متعارف است، جایز شناخته شده، درحالی که طبق قیاس باید به دلیل جهالت، از آن اجتناب کرد؛ چراکه مقدار آبی که در گرمابه ریخته می‌شود و میزان خونی که از بدن فرد خارج می‌شود و آبی که شخص می‌نوشد معلوم نیست.^{۹۳}

چهارم، بالاخره پذیرش استصناع از طریق توجه به ترکیب و عقدهای متشکله‌ی آن نیز قابل توجیه است، زیرا استصناع مشتمل بر دو عقد مجاز شرعی است، از یک سو سلم است؛ زیرا در آن مبیع بر ذمه‌ی صانع قراردادده می‌شود، از سوی دیگر اجاره است؛ زیرا عمل سازنده در دل آن نهفته و شرط است و بنابراین چیزی که مشتمل بر دو عقد مجاز باشد، خود نیز جایز خواهد بود.^{۹۴}

۹۱. در المستدرک چنین آمده: «ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن و ما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيئاً»، النيسابوری، همان، ج ۳، ص ۷۸.

۹۲. در المستدرک آمده: «لا يجمع الله أمتی علی الضلالة أبداً»، (همان، ج ۱، ص ۱۱۵ و نیز ج ۴، ۵۰۷).

۹۳. السرخسی، همان، ج ۱۲، صص ۱۳۸ و ۱۳۹؛ المصری، همان، صص ۲۸۳ و ۲۸۴؛ ذیلعی، همان، ص ۱۲۴؛ الکاسانی، همان، ص ۳.

۹۴. الکاسانی، همان، ص ۳.

گفتار دوم: اعتبار استصناع در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران

۳۱- اندیشه‌ی متفکرین مذهب امامیه در مورد اعتبار استصناع علیرغم تأثیر بر نظریه‌ی اساتید حقوق موضوعه، موجب یکپارچگی و وحدت نظر میان این دو گروه نشده است. بر عکس تردید بارزی که در میان فقهای امامیه در امکان پذیرش قرارداد استصناع دیده می‌شود، علمای حقوق موضوعه، غالباً معتقد به صحت این عمل حقوقی هستند. مطالعه جداگانه‌ی آرای این دو گروه صدق مدعا را اثبات می‌نماید.

الف- دیدگاه فقهای امامیه

۳۲- در میان معدود فقهای که مستقلاً به بحث استصناع پرداخته‌اند، شیخ طوسی در کتاب المبسوط^{۹۵} و الخلاف خود استصناع را باطل دانسته و در کتاب الخلاف دلایل خود را علاوه بر معلوم نبودن مال مورد سفارش، اجماعی قرار می‌دهد که به موجب آن سازنده ملزم به تسلیم مال مورد سفارش نیست و او مخیر است که کالای ساخته‌شده را تحویل مشتری دهد و یا ثمن آن را مسترد دارد. مشتری نیز الزامی در این خصوص دایر بر پرداخت ثمن و تحویل گرفتن مال ندارد. ادله این نظر بدینصورت بیان شده است: «**دلیلنا علی بطلانه: إنا أجمعنا علی أنه لایجب تسلیمها، و أنه بالخیار بین التسلیم و رد الثمن، و مشتری لایلزمه قبضه، فلو كان العقد صحیحاً لما جاز ذلك، ولأن ذلك مجهول غیر معلوم بالمعاینه، و لا موصوف بالصفه فی الذمه، فیجب المنع منه.**»^{۹۶} ابن حمزه و صاحب الجامع للشرایع نیز بیان داشته‌اند که در استصناع، صانع

۹۵. شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، ص ۱۹۴.

۹۶. شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۲۱۵.

می تواند از تسلیم کالای ساخته شده به مستصنع خودداری کند و سفارش دهنده هم می تواند پس از ساخت کالا از قبول آن اجتناب نماید^{۹۷}. از عبارت این دو فقیه در خصوص صحت عقد استصناع - نفیاً یا اثباتاً - چیزی بر نمی آید. از این رو بنا بر آن چه گذشت در فقه شیعه فقط به موجب نظر شیخ طوسی استصناع به دو دلیل باطل دانسته شده است:

اول، گفته شده است که در استصناع، مستصنع می تواند پس از ساخت کالا، آن را قبول نکند و صانع هم می تواند از تحویل کالای ساخته شده به سفارش دهنده خودداری نماید و بر این سخن ادعای اجماع گردیده است.

ثبوت چنین اجماعی پیش از شیخ طوسی محرز نمی باشد؛ چرا که هیچ یک از فقهای قبل از شیخ طوسی چون ابن جنید (قرن چهارم هجری) در فتاوی، شیخ صدوق (متوفی ۳۸۱ هـ) در المقنع، شیخ مفید (متوفی ۴۱۳ هـ) در المقنعه، سید مرتضی (متوفی ۴۳۶ هـ) در الانتصار فی الإنفراقات و المسائل الناصریات، ابوصلاح حلبی (۴۴۷ هـ) در الکافی فی الفقه، به صورت مستقیم در خصوص استصناع سخن نگفته اند و از مباحث آنان در ابواب دیگر فقه چون بیع، سلم و اجاره نیز به طور غیر مستقیم نظری در خصوص استصناع برداشت نمی شود. دو فقیه دیگر - ابن حمزه و یحیی بن سعید حلی - هم که در این خصوص سخن گفته اند متأخر از شیخ طوسی بوده اند.

گذشته از آن بر فرض ثبوت چنین اجماعی، نمی توان از آن، بطلان استصناع را استنباط کرد؛ چرا که شیخ طوسی بیان داشته است که اجماع وجود دارد که تسلیم کالا بر سازنده واجب نیست و در صورت تسلیم هم مشتری می تواند از

۹۷. ابن حمزه، همان، ص ۲۵۷؛ یحیی بن سعید حلی، همان، ص ۲۵۹.

قبض آن سر باز زند، بنابراین اجماع مزبور در سخن شیخ دلالت بر جواز می‌نماید نه بطلان.^{۹۸}

دوم، اعلام شده است که چون در استصناع، مورد معامله نه از طریق مشاهده معلوم می‌شود و نه با توصیف بر ذمه‌ی صانع می‌آید، معامله نسبت به مال مجهول است و حکم چنین معامله‌ای بطلان است. استدلال مزبور مبتنی بر یک قیاس منطقی است، اما چه از جهت حکمی (کبرای قیاس) و چه از جهت موضوعی (صغرای قیاس) قابل خدشه است.

از جهت حکمی، با توجه به مباحثی که در خصوص غرر مطرح شد، معلوم گردید که تمامی معاملات مجهول، محکوم به بطلان نیستند، بلکه تنها آن قسم از معاملات مجهول، باطل هستند که منجر به غرری گردند که از دید عقلا غیرقابل مسامحه باشد (غرر کثیر).

استدلال مزبور از جهت موضوعی نیز با انتقاد مواجه است؛ چرا که در استصناع گرچه مورد معامله موجود نیست و از این رو به وسیله‌ی مشاهده نمی‌توان نسبت به آن علم حاصل نمود، اما می‌توان از طریق نمونه یا توصیف آن را معلوم کرد به نحوی که از هر جهتی چه از حیث نوع، جنس و وصف و چه از حیث مقدار یا اندازه از آن رفع جهل به عمل آید. چنین روشی در خصوص علم به مورد معامله فقط مختص عین کلی نبوده و در مواردی هم که مورد معامله عین معین است، جاری می‌باشد؛ چرا که ممکن است مورد معامله در مجلس عقد حاضر نباشد و در این حالت طرفین چاره‌ای جز توصیف آن نخواهند داشت.

۹۸. شاید بتوان از عبارات ایشان به موجب استدلال زیر بطلان استصناع را برداشت کرد: اگر طبق نظر برخی از متقدمین پذیرفته شود که فقط عقود معین صحیح هستند و آیه‌ی شریفه‌ی «أوفوا بالعقود» فقط ناظر به عقود معین است، استصناع از آنجا که جزو هیچ کدام از عقود معین نیست، باطل است.

ب- دیدگاه اساتید حقوق مدنی

۳۳- بنابر آنچه گذشت، استصناع یک عنوان کلی است که در پاره‌ای موارد منطبق با بیع و در برخی صور، تعهد قطعی بر بیع و در مواردی هم یک وعده‌ی غیر قطعی می‌باشد. در هریک از اقسام، خواه مورد معامله عین معین باشد یا عین کلی، در صورتی که طرفین موضوع قرارداد را به نحو کامل مشخص نموده باشند، اشکالی بر معامله از جهت علم به مورد آن وارد نخواهد بود.

همچنین در مواردی که مورد عقد استصناع عین معین است، می‌توان همانند عین کلی، آن را از طریق توصیف و یا حتی نمونه معلوم نمود و بدین ترتیب موضوع قرارداد را از هرگونه جهلی که منجر به خطری برای معامله شود، خالی ساخت.

۳۴- بر صحت عقد استصناع از حیث لزوم علم به موضوع معامله هیچ خدشه‌ای وارد نیست، فرقی نمی‌کند که مورد عقد استصناع عین معین باشد و یا کلی، اما در مواردی که استصناع منطبق بر بیع است، یعنی طرفین قصد انتقال قطعی مورد معامله را دارند و مورد معامله هم عین معین است، این شبهه ممکن است وارد شود که مبیع در لحظه‌ی انعقاد عقد وجود ندارد و به موجب مفاد ماده‌ی ۳۶۱ ق.م. بیع باطل است.^{۹۹}

زیرا علی‌الظاهر و آن‌طور که برخی از نویسندگان حقوقی اعلام داشته‌اند، حکم ماده فوق هم شامل حالتی می‌شود که مورد معامله پیش از عقد موجود

۹۹. ماده‌ی ۳۶۱ ق.م. اعلام می‌دارد: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است».

بوده، ولی زمان عقد از بین رفته بوده است و هم شامل صورتی می‌گردد که مورد معامله در زمان عقد هنوز به وجود نیامده است.^{۱۰۰}

ولیکن تأمل بیشتر در مفاد ماده مورد بحث و دلیل بطلان بیع مال معدوم، تحلیل عقل‌پسند دیگری را به ذهن متبادر می‌سازد. باید فرضی را که در آن متعاقدين قصد تملیک مال آینده و یا مال معدومی را به تصور وجود در زمان عقد می‌نمایند از فرضی که در آن قصد فراهم ساختن سبب تملیک مال در آینده را دارند، جدا ساخت. همان‌طور که بعضی از مؤلفان حقوقی تصریح می‌کنند^{۱۰۱}، در مورد نخست عدم وجود مال در زمان عقد موجب عقیم ماندن اثر تراضی طرفین قرارداد می‌گردد و در عالم خارج شیئی وجود ندارد که نیروی اراده منجر به انتقال آن شود. بر عکس در حالت دوم، متعاملین در مقام فراهم‌سازی سبب تملیک مال، پس از موجودیت یافتن آن برآمده‌اند. در این مورد، اشکال پیشین متصور نیست و حق مالکیت پس از ایجاد منتقل می‌گردد و این حق هیچ‌گاه بر معدوم استوار نمی‌شود.^{۱۰۲}

۱۰۰. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۱، تشکیل قراردادها و تمهیدات، چاپ دوم، مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۰، ص ۳۰۹.

۱۰۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، معاملات معوض - عقود تملیکی، عقود معین، ج ۱، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸، صص ۲۷۵ و ۲۷۶.

۱۰۲. اشکال جدایی سبب از مسبب وارد نیست. زیرا، در امور اعتباری کیفیت و شرایط تأثیر سبب در اختیار معتبر می‌باشد و لازم نیست که با فراهم آمدن سبب از طریق انعقاد عقد بیع بلافاصله مقتضای آن که تملیک است به وجود آید. طرفین عقد می‌توانند به نیروی اراده تأثیر سبب را معلق به وجود مبیع در آینده و یا پیدایش مالکیت مبیع را برای مشتری در زمان مؤخر بر زمان تشکیل عقد قرار دهند.

۳۵- بنابراین می‌توان چنین گفت که شرط وجود مبیع در بیع عین معین تنها ناظر به صورتی است که طرفین با فرض وجود، نسبت به عین حاضر، عقد بیع را واقع می‌سازند و پس از آن معلوم می‌شود که مورد معامله در هنگام انعقاد عقد وجود نداشته است. از این رو در فرضی که طرفین با فرض ایجاد مال در آینده عقد بیعی را واقع می‌سازند و وجود مبیع در آینده قطعی یا متعارف است و به عبارتی مبیع ممکن‌الوجود است، عقد بیع نسبت به عین معین صحیح می‌باشد و خدشه‌ای به صحت آن از حیث عدم وجود مبیع وارد نیست. برخی از مؤلفان حقوق مدنی ضمن ترجیح ماهیت بیع استصناع، این بیع را خارج از جنس معامله‌ی مال‌لیس عندک دانسته و در آن مبیع را کلی در ذمه محسوب داشته‌اند. به نظر این مؤلفان نه مؤجل بودن، شرط عقد استصناع است و نه قبض ثمن در مجلس (بر عکس سلم) ۱۰۳.

مبحث دوم: لزوم و جواز استصناع در فقه عامه و امامیه

۳۶- لزوم و جواز استصناع در فقه عامه و فقه امامیه به نحو یکسان مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است. بحث مبسوط فقیهان حنفی در ماهیت استصناع، در لزوم و جواز این تأسیس نیز دیده می‌شود، ولی فقهای شیعه نظر به تردیدی که در مورد اعتبار آن داشته‌اند، در خصوص لزوم و جواز آن نیز بطور طبیعی کمتر وارد بحث شده‌اند.

۱۰۳. جعفری لنگرودی، الفارق، ج ۱، صص ۲۷۶-۲۷۵.

گفتار اول: بررسی لزوم یا جواز استصناع در فقه عامه

علمای حنفی در خصوص لزوم و جواز عقد استصناع بر دو قول اختلاف کرده‌اند. برخی با توجه به مراحل مختلف انعقاد عقد تا اجرای تعهد سفارش ساخت و تسلیم کالا فروض متفاوتی را بررسی و حکم آن‌ها را بیان کرده‌اند ولی برخی وارد این تفصیل نشده‌اند.

الف- تفصیل میان لزوم و جواز عقد در مراحل مختلف آن

۳۷- این گروه قائل به تفصیل بوده و بر حسب مراتب عقد، در خصوص لزوم و جواز استصناع نظر داده‌اند و عقد مزبور را به ترتیب زیر مرحله‌بندی نموده‌اند: ۱۰۴

یکم: مرحله‌ی انعقاد عقد تا قبل از ساخت کالا

تمامی قائلین به تفصیل معتقدند که در این مرحله عقد نسبت به صانع و مستصنع جایز است و هر دو می‌توانند عقد را فسخ نمایند. این گروه استصناع را با عقدی که در آن برای هریک از طرفین خیار وضع شده و به موجب آن حق فسخ دارند، مقایسه نموده و چنین استدلال می‌کنند که چون استصناع خلاف قیاس می‌باشد و صحت آن بر اساس استحسان ثابت می‌شود، نمی‌توان آن را لازم دانست. ۱۰۵

دوم: مرحله‌ی ساخت کالا تا قبل از رؤیت آن توسط مستصنع

۱۰۴. الکاسانی، همان، ص ۳ و ۴.

۱۰۵. الکاسانی، همان، ص ۳.

در این مرحله نیز عقد جایز دانسته شده و چنین بیان شده است که صانع می‌تواند عین ساخته شده را به شخصی غیر از سفارش دهنده بفروشد؛ زیرا عقد جایز است و به علاوه عقد نسبت به عین کالا که در خارج تولید شده، واقع نگردیده، بلکه نسبت به مثل آن بر ذمه‌ی سازنده منعقد شده است؛^{۱۰۶} چرا که برای صانع جایز دانسته شده که کالای مورد سفارش را از مکان دیگری بخرد و به سفارش دهنده تسلیم نماید.^{۱۰۷}

سوم: مرحله‌ی پس از رؤیت کالای ساخته شده توسط سفارش دهنده

در این مرحله میان فقهای حنفی بر سه قول اختلاف است:

از ابوحنیفه روایت شده است که پس از رؤیت، هم صانع و هم مستصنع می‌توانند عقد را برهم زنند؛^{۱۰۸} زیرا خیار برای دفع ضرر وضع شده و با اثبات خیار برای هر یک ضرر از او دفع می‌شود. بنابراین اگر ثمنی که صانع مستحق آن است، بیش از میزانی باشد که سفارش دهنده به او پرداخته، صانع می‌تواند عقد را فسخ کند و مستصنع نیز در صورتی که ارزش کالا کمتر از قیمتی باشد که پرداخت کرده حق فسخ دارد؛ زیرا چیزی را خریداری کرده که ندیده است.^{۱۰۹}

ولیکن اکثر علمای حنفی بر این عقیده هستند که در این مرحله فقط مستصنع می‌تواند عقد را برهم زند. این گروه بر نظر خود چنین استدلال می‌کنند که قبل از

۱۰۶. در هر حال، در مورد سفارش کالا بصورت عین معین حکم متفاوت می‌باشد.

۱۰۷. السرخسی، المبسوط، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ الکاسانی، همان، ص ۳؛ شویدح، أبوهزید، همان، ص ۱۲۵۷؛ ذیلعی، همان، صص ۱۲۴ و ۱۲۵.

۱۰۸. الکاسانی، همان، ص ۴؛ المصری، همان، ص ۲۸۵؛ ذیلعی، همان، صص ۱۲۴ و ۱۲۵.

۱۰۹. الکاسانی، همان، ص ۴.

رؤیت، عقد نسبت به هر دو جایز بوده، اما صانع با حاضر کردن کالا نزد مستصنع خیار خود را ساقط کرده و رضایت داده است که کالا متعلق به سفارش دهنده باشد، بنابراین فقط اختیار مستصنع در برهم زدن معامله باقی خواهد ماند. این مورد همانند بیعی است که در آن شرط خیار شده و اسقاط خیار توسط یکی از طرفین موجب سقوط خیار طرف مقابل نمی‌گردد. به علاوه مستصنع کالایی را خریده که ندیده است و پیامبر (ص) نیز فرمود: «**مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ**».^{۱۱۰} در استصناع، برخلاف سلم، خیار رؤیت جاری می‌گردد؛ زیرا وجود خیار در عقد سلم بی‌فایده است؛ چرا که در سلم، مسلم فیه دین فی الذمه است، بنابراین اگر مشتری از قبول مصداقی که به او تسلیم شده است، خودداری نماید، دین کماکان بر ذمه‌ی بایع باقی است، اما در استصناع اثبات خیار دارای فایده است. زیرا عقد نسبت به عین واقع شده است از این رو با رد آن توسط مستصنع عقد منفسخ می‌گردد و ثمن به مشتری برمی‌گردد. از آنجا که در دین مشاهده متصور نیست، در سلم وصف قائم مقام رؤیت می‌شود و مورد معامله با وصف معلوم می‌گردد اما به دلیل آن که در عقد استصناع موضوع معامله عین است و عین نیز با رؤیت معلوم می‌شود پس خیار رؤیت در آن ثابت است.^{۱۱۱}

۳۸- بالاخره ابویوسف چنین نظر داده است که اگر صانع کالا را مطابق اوصاف توافق شده حاضر نماید، مستصنع اختیاری در برهم زدن معامله نخواهد داشت؛ زیرا ابقاء حق فسخ برای او موجب ضرر سازنده می‌شود؛ چرا که مواد

۱۱۰. السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ الکاسانی، همان، صص ۳ و ۴؛ المصری، همان، ص ۲۸۵؛ ذیلی، همان، صص ۱۲۴ و ۱۲۵.

۱۱۱. السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ المصری، همان، ص ۲۸۵؛ ذیلی، همان، ص ۱۲۴.

اولیه و وقت او هدر رفته و چه بسا ممکن است غیر از مستصنع کسی راغب به خرید کالا با آن ویژگی‌ها نباشد.^{۱۱۲} بنابراین پس از رؤیت، عقد نسبت به صانع و مستصنع لازم است و تنها در صورتی که کالا طبق درخواست سفارش‌دهنده به او تحویل داده نشود، خيار تخلف از وصف برای او وجود خواهد داشت.^{۱۱۳}

گروهی دیگر در مخالفت با ابویوسف چنین استدلال کرده‌اند که ضرری که از سقوط خيار به مستصنع وارد می‌شود به مراتب بیش از ضرری است که از فسخ قرارداد به صانع وارد می‌شود؛ زیرا اگر سفارش‌دهنده قرارداد را فسخ کند و ثمن پرداختی را مطالبه نماید، خرید کالا با همان اوصاف و قیمت برای او متعذر خواهد بود، بنابراین نیاز او کماکان باقی خواهد ماند، اما صانع می‌تواند با مهارتی که دارد کالا را تغییر شکل داده و به شخصی غیر از سفارش‌دهنده بفروشد.^{۱۱۴}

ب- لزوم عقد به مجرد انعقاد آن

۳۹- این گروه بر این نظرند که استمناع به مجرد انعقاد لازم است، بنابراین هیچ یک از طرفین حق فسخ آن را ندارند، مگر با تراضی دو جانبه و اقدام به تفاسخ. این گروه بر نظر خود چنین استدلال می‌کنند:

۱۱۲. السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ الکاسانی، همان، ص ۴؛ ذیلعی، همان، ص ۱۲۵.

۱۱۳. السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ عبدالناصر، همان، ص ۳۲۸؛ این استدلال مبنی بر پذیرش خيار رؤیت در قرارداد سفارش ساخت کالا در فرض کلی بودن مال مورد سفارش قابل توجیه نیست. زیرا در این مورد نیز مانند بیع سلف مورد معامله دین فی الذمه است و در مرحله پس از تشخیص و یا تسلیم مال است که در هر دو عمل حقوقی، مورد معامله به صورت عین جلوه می‌نماید.

۱۱۴. الکاسانی، همان، ص ۴.

عدم لزوم عقد موجب ضرر هر یک از طرفین می‌شود؛ از یک طرف، موجب ضرر صانع است؛ زیرا او با تلاش و کوشش خود به تهیه ادوات پرداخته اما قبل از شروع، از کار خود منع می‌شود و یا این که شروع به عمل کرده و قبل از اتمام کار با فسخ قرارداد توسط سفارش دهنده مواجه می‌شود و کار او از همان ابتدا لغو می‌گردد. از سوی دیگر، مستصنع نیز به دلیل احتیاج به عین، درخواست ساخت آن را از سازنده نموده و شاید نیاز او به عین فوری باشد اما با فسخ قرارداد توسط صانع باید مجدداً منتظر بماند و یا با سازنده دیگری عقد قرارداد نماید.^{۱۱۵}

وانگهی در صورت عدم لزوم استصناع مردم از آن دوری خواهند کرد؛ زیرا نتیجه برای آنها تضمین نمی‌شود.^{۱۱۶}

گفتار دوم: لزوم یا جواز استصناع در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران

۴۰- در فقه شیعه آن دسته از علمای متقدم که مستقلاً راجع به استصناع سخن گفته‌اند، چون ابن تأسیس را یک عقد صحیح شرعی قلمداد نکرده‌اند به کلی خود را فارغ از بررسی حکم لزوم و جواز آن دانسته‌اند.^{۱۱۷}

در میان فقهای معاصر شیعه، گرچه برخی تا حدودی به دقت این عقد را مورد بررسی قرار داده و در خصوص آن اظهار نظر نموده‌اند، اما به علت وجود اختلاف

۱۱۵. الکاسانی، همان، ص ۴؛ السرخسی، همان، ج ۱۲، ص ۱۳۹.

۱۱۶. شویذح، ابوهربید، همان، ص ۱۲۵۷.

۱۱۷. ابن حمزه، همان، ص ۲۵۷؛ یحیی بن سعید حلّی، همان، ص ۲۵۹؛ شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۲۱۵؛ المبسوط، ج ۲، ص ۱۹۴.

در ماهیت استصناع در مورد لزوم و جواز این عمل حقوقی نیز به عقیده‌ی واحدی دست نیافته‌اند.

یکی از مؤلفان حقوق مدنی خصوصیات مصلحت‌گامنه را در همه‌ی اقسام بیع یکسان نشمرده و لزوم بیع استصناع را با لزوم عقد بین غائبین قابل مقایسه دانسته و آن را از تاریخ وصول سفارش به رؤیت صانع لازم شمرده است.^{۱۱۸}

با این حال، اگر مطابق برخی توجیهات، استصناع، جعله یا امر معاملی شمرده شود گریزی از جایز محسوب دانستن آن نخواهد بود. ولی در تحلیلی که مفاد این قرارداد، بیع یا اجاره‌ی شخص توصیف شود و یا قرارداد مستقل بی‌نامی تلقی گردد، رجحان با لازم شمردن استصناع خواهد بود. کاربرد اصالت‌اللزوم و مصلحت‌گامنه‌ای که بر مبنای آن لزوم و یا جواز عقود پی‌ریزی می‌شود، اقتضا دارد که در قلمرو چنین قرارداد مهم و تعهدآوری تزلزل به آسانی راه نیابد و هیچ کدام از طرفین به سهولت نتوانند با عدم پای بندی به ادامه‌ی تعهدات خویش، حیات پیوند ایجادشده را به مخاطره انداخته و از این طریق زیانی به طرف مقابل وارد سازند.

۱۱۸. جعفری لنگرودی، الفارق، ج ۱، ص ۲۷۶.

نتیجه گیری

۴۱- دقت در مجموعه مباحث انجام گرفته در مورد استمناع، نشان می دهد که این تأسیس حقوقی ماهیت عقدی دارد و بر اثر تلاقی دو اراده انشایی سفارش کننده کالا و پذیرنده سفارش بوجود می آید. اگر چه نمی توان عدم دخالت صانع در تهیه مواد اولیه و تبعیت او از طرح و دستور مستصنع را در ساخت کالا همیشه حمل بر انعقاد قرارداد مقاطعه کاری (اجاره شخص برای خدمت) دانست، ولی واقعیت آن است که ساخت یک کالای خاص به صورت عین شخصی و از روی نقشه ی پیشنهادی سفارش دهنده در موارد محدودی به صورت بیع عین آینده تجلی می کند و در غالب موارد تراضی انجام گرفته به پیمانکاری شباهت بیشتری دارد. ولیکن در مواردی که تعهد صانع به ساخت و تحویل یک شیء کلی تعلق می گیرد که براساس اوصاف خاص پیش بینی شده قابل تولید به صورت انبوه است، عمل حقوقی مورد نظر اصولاً در قالب بیع قابل توجیه است تا عقد دیگر. در این صورت شاید نتوان عقد استمناع را از قلمرو بیع سلم که دارای گستره ی وسیعی است، خارج ساخت.

۴۲- ادله ی مورد استناد برخی اندیشمندان جهت رد اعتبار قرارداد استمناع نیز قانع کننده به نظر نمی آید. ادله ی روایی خاص مرتبط با موضوع از حیث دلالت، مورد اشکال واقع شده اند و ادله ی روایی عام هم به سهولت قابل استناد شناخته نمی شوند. در رأس ادله ی اخیر که حدیث نهی از غرر قرار گرفته، دامنه ی آن باید به ممنوعیت از غرر کثیر محصور گردد. به علاوه با توجه به معنایی که برای غرر در نظر گرفته شد و در آن مفهوم خطر مستتر دانسته شد، به نظر می رسد در استمناع از جهت موجود نبودن مورد معامله هیچ گونه غرر و خطری راه نخواهد یافت.

۴۳- اختیار رجوع از سفارش در قرارداد استصناع نیز که برای سفارش دهنده‌ی کالا و یا صانع در مراحل مختلف تشکیل عقد تا مرحله‌ی ساخت و تحویل کالا مورد اشاره قرار گرفته است، نباید حمل بر جواز این عمل حقوقی گردد. مصلحت اساسی نهفته در طبیعت این قرارداد اقتضا دارد که آن را همواره به عنوان یک عقد لازم تلقی کرده و بدین ترتیب پیدایش روزنه‌های نقض تعهد و ایراد ضرر به طرف مقابل عقد را مسدود ساخته و موارد خروج از رابطه‌ی عقدی را محدود به اقاله و یا وجود خیار سازیم.

فهرست منابع

الف- منابع فارسی

اول- کتب

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- پیرهادی، محمدرضا؛ انتقال مالکیت در عقد بیع، تهران، شالیزه، ۱۳۸۶.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ الفارق، دائرة المعارف عمومی حقوق، جلد اول، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ فرهنگ عناصر شناسی، حقوق مدنی - حقوق جزا، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
- ۶- شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی، جلد اول، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۰.
- ۷- کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، معاملات معوض - عقود تملیکی، عقود معین، جلد اول، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸.

دوم- مقالات

- ۸- جعفر پور، جمشید؛ «بیع استصناع»، پژوهشنامه متین، شماره ۳ و ۴.
- ۹- مؤمن قمی، محمد؛ استصناع «قرارداد سفارش ساخت»، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره ۱۱ و ۱۲، پاییز و زمستان ۱۳۷۶.
- ۱۰- هاشمی شاهرودی، محمود؛ استصناع «سفارش ساخت کالا»، فصلنامه فقه اهل بیت، سال پنجم، شماره ۱۹ و ۲۰، پاییز و زمستان ۷۸.

ب- منابع عربی

- ۱۱- الأصحبی، مالک بن أنس؛ مدونه الكبرى، جلد چهارم، [بی جا]، [بی نا]، [بی تا]، بر گرفته از نرم افزار المعجم.
- ۱۲- الأصحبی، مالک بن أنس؛ الموطأ، جلد دوم، مصحح: محمد فؤاد عبدالباقی، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۶ هـ، ۱۹۸۵ م.
- ۱۳- انصاری، محمد علی (خلیفه شوشتری)؛ الموسوعة الفقهية الميسرة، جلد دوم، چاپ اول، قم، مجمع الفكر الإسلامی، ۱۴۱۸ هـ.
- ۱۴- البخاری الجعفی، أبی عبد الله محمد بن اسماعیل بن ابراهیم ابن المغیره بن بردزبه؛ صحیح البخاری، جلد اول و هفتم، [بی جا]، دار الفكر، ۱۴۰۱ هـ، ۱۹۸۱ م.
- ۱۵- البهوتی الحنبلی، منصور بن یونس؛ کشف القناع، جلد سوم، چاپ اول، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ هـ، ۱۹۹۷ م.
- ۱۶- البیهقی، ابی بکر احمد بن الحسین بن علی؛ السنن الكبرى، جلد دوم و پنجم، [بی جا]، دار الفكر، [بی تا]، بر گرفته از نرم افزار المعجم.
- ۱۷- الترمذی، أبی عیسی محمد بن عیسی بن سورة؛ سنن الترمذی، جلد دوم چهارم، محقق / مصحح: عبدالرحمن محمد عثمان، چاپ چهارم، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۳ هـ، ۱۹۸۳ م.
- ۱۸- الحاکم النیسابوری، أبی عبد الله؛ المستدرک علی الصحیحین، جلد اول، دوم، سوم و چهارم، بیروت، دار المعرفه، [بی تا]، بر گرفته از نرم افزار المعجم.
- ۱۹- حلی، یحیی بن سعید؛ الجامع للشرائع، مصحح: جمعی از محققین تحت إشراف شیخ جعفر سبحانی، چاپ اول، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ هـ.

- ۲۰- زرعی دمشقی، شمس الدین محمد بن ابوبکر بن ایوب بن سعد بن حریر (ابن قیم الجوزیه)؛ زاد المعاد فی هدی خیر العباد، محقق: محمد الأنور أحمد البلتاجی، جلد پنجم، بیروت، المكتبة العصرية، ۱۴۲۲ هـ، ۲۰۰۱ م.
- ۲۱- السجستانی، ابی داود سلیمان بن الأشعث؛ سنن أبی داود، جلد دوم، تحقیق و تعلیق: سعید محمد اللحام، چاپ اول، [بی‌جا]، دار الفکر، ۱۴۱۰ هـ، ۱۹۹۰ م.
- ۲۲- السرخسی، شمس الدین؛ المبسوط، جلد دوازدهم و پانزدهم، بیروت، دارالمعرفه، [بی‌تا]، بر گرفته از نرم افزار المعجم.
- ۲۳- الشافعی، أبی عبدالله محمد بن ادريس؛ الأم، جلد سوم، چاپ دوم، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۳ هـ، ۱۹۸۳ م.
- ۲۴- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی)؛ الخلاف، جلد سوم، مصحح: شیخ علی خراسانی- سید جواد شهرستانی- شیخ مهدی طه نجف- شیخ مجتبی عراقی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ هـ.
- ۲۵- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی)؛ المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد دوم، مصحح: سید محمد تقی کشفی، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ هـ.
- ۲۶- طوسی، محمد بن علی بن حمزه (ابن حمزه)؛ الوسيله إلى نیل الفضيله، مصحح: شیخ محمد حسون، چاپ اول، قم، مكتبة آية الله المرعشي النجفی، ۱۴۰۸ هـ.
- ۲۷- العسقلانی الشافعی، شهاب الدین أحمد بن علی بن محمد بن محمد بن حجر (ابن حجر العسقلانی)؛ فتح الباری شرح صحیح البخاری، جلد سوم، ششم، نهم و دوازدهم، بیروت، دار المعرفة، ۱۳۰۰ هـ.
- ۲۸- القزوينی، ابی عبد الله محمد بن یزید (ابن ماجه)؛ سنن ابن ماجه، [بی‌جا]، دار الفکر، [بی‌تا]، بر گرفته از نرم افزار المعجم.

- ۲۹- القشیری النیسابوری، ابی الحسین مسلم بن الحجاج ابن مسلم؛ الجامع الصحیح، جلد دوم و ششم، بیروت، دار الفکر، [بی تا]، بر گرفته از نرم افزار المعجم.
- ۳۰- الکاسانی الحنفی، علاء الدین ابی بکر بن مسعود (ملک العلماء)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، جلد پنجم، چاپ اول، پاکستان، المكتبة الحبییه، ۱۴۰۹ هـ، ۱۹۸۹ م.
- ۳۱- کاشف الغطاء، محمد حسین؛ تحریر المجله، جلد اول، قسمت دوم، چاپ اول، نجف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ هـ.
- ۳۲- المبارکفوری، محمد عبد الرحمن ابن عبد الرحیم؛ تحفه الاحوذی بشرح جامع الترمذی، جلد چهارم، چاپ اول، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۰ هـ، ۱۹۹۰ م.
- ۳۳- المصری الحنفی، زین الدین بن ابراهیم بن محمد (ابن نجیم المصری)؛ البحر الرائق شرح کنز الدقائق (فی فروع الحنفیه)، جلد ششم، چاپ اول، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ هـ، ۱۹۹۷ م.
- ۳۴- المغربی، أبی عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن (الحطاب الرعینی)؛ مواهب الجلیل شرح مختصر الخلیل، جلد ششم، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۶ هـ، ۱۹۹۵ م.
- ۳۵- النسائی، أبی عبد الرحمن أحمد بن شعيب؛ سنن النسائی بشرح الحافظ جلال الدین السیوطی و حاشیة الامام السندی، جلد هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، [بی تا]، بر گرفته از نرم افزار المعجم.
- ۳۶- الهیثمی، نور الدین علی بن أبی بکر؛ مجمع الزوائد و منبع الفوائد، جلد اول، دوم، ششم، هفتم، هشتم، نهم و دهم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۸ هـ، ۱۹۸۸ م.

ج- منابع فرانسوی (کتب و آرای شعب دیوانعالی کشور)

37-V.HEUZE; Traité des contrat(sous la direction de J.GHESTIN), la Vente internationale de marchandises , Paris, L.G.D.J., 2000.

38-Ph. MALAURIE , L.AYNES et P.-Y., CAUTIER; les contrats spéciaux, 3éd. Paris,2007.

39-Cass.com.,7 nov. 2006, Bull.civ.IV,n° 215;conc.consom.,2007 n°62.

40- Cass.com.,6 mars 2001,JCPG,2001,II ,10564,n.f.LABARTHE.

41- Cass. com., 17 mars 1998,Bull.civ.IV ,n° 104.

42- Cass.com., 4 Juill.1989;D. 1990, 246, n.G. VIRSSAMY.

43-Cass.civ.,5févr.1985;Bull.civ.,III,n°23,p.16.

44-Cass.civ.,1^{er}août1950,S.,1951,I.,100;RTD.civ.,1951,388,obs.J.

CARBONNIER.

د - منابع اینترنتی

۴۵- جمال عبد الناصر؛ الموسوعة الفقهية، جلد سوم، <http://www.al-islam.com>.

۴۶- حیدر علی؛ درر الحکام فی شرح مجله الاحکام، <http://www.al-islam.com>.

۴۷- منتظری، حسینعلی؛ <http://www.montazeri.com>.

۴۸- ذیلعی، عثمان بن علی؛ تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، جلد چهارم،

<http://www.al-islam.com>.

۴۹- شویده، احمد ذیاب؛ أبوهريده، عاطف؛ عقد التوريد و المقاوله فی ضوء

التحديات الاقتصادية المعاصرة، <http://www.iugaza.edu.ps>.