فهرست مطالب

[عقد استصناع 1](#_Toc179767253)

[اقوال قدما 1](#_Toc179767254)

[اقوال معاصرین 2](#_Toc179767255)

[پنج احتمال در عقد استصناع 3](#_Toc179767256)

[اشکال در جعاله بودن عقد استصناع 5](#_Toc179767257)

[اشکال در عقد مستقل بودن استصناع 5](#_Toc179767258)

[اشکال اول 6](#_Toc179767259)

[اشکال دوم 6](#_Toc179767260)

[مناقشه در استدلال به عدم ردع 7](#_Toc179767261)



# عقد استصناع

حکم قرارداد سفارش ساخت یکی از بحث‌هایی است که مدتی است مطرح می‌‌شود و لو در کلمات قدما هم مطرح شده است. مثلا اگر شخصی به کفاشی سفارش یک جفت کفش بدهد و کفاش نیز قبول کند و قیمت هم تعیین کنند. آیا واجب است که کفاش این کفش را آماده کند و آیا واجب است که سفارش دهنده کفش را تحویل گرفته و از کفاش بخرد؟ اگر واجب است تحت چه عنوانی قرار می گیرد؟

## اقوال قدما

نظر شیخ طوسی در خلاف و مبسوط این است که استصناع، وجوب وفا ندارد. ایشان در مبسوط فرموده: «و استصناع الخف و النعل و الأواني من خشب أو صفر أو حديد أو رصاص لا يجوز فإن فعل لم يصح العقد، و كان بالخيار إن شاء سلمه و إن شاء منعه فإن سلمه كان المستصنع بالخيار إن شاء رده و إن شاء قبله.» [[1]](#footnote-2) ابن‌حمزه در وسیله فرموده: «و من استصنع شيئا قبل و فعل الصانع كان مخيرا بين التسليم و المنع و المستصنع بين القبول و الرد»[[2]](#footnote-3). یحیی بن سعید نیز در الجامع للشرائع فرموده: «و استصناع شي‌ء كالخف و فعله الصائغ غير لازم المستصنع[[3]](#footnote-4) و له رده.»[[4]](#footnote-5)

از فقهای عامه نقل شده که قائل به لزوم وفاء هستند. البته از شافعی نقل شده که قائل به عدم صحت است. در خلاف فرموده: «استصناع الخفاف، و النعال، و الأواني من الخشب و الصفر و الرصاص و الحديد، لا يجوز. و به قال الشافعي و قال أبو حنيفة: يجوز، لأن الناس قد اتفقوا على ذلك .دليلنا على بطلانه: أنا أجمعنا على أنه لا يجب تسليمها، و أنه بالخيار بين التسليم و رد الثمن، و المشتري لا يلزمه قبضه، فلو كان العقد صحيحا لما جاز ذلك، و لأن ذلك مجهول غير معلوم بالمعاينة، و لا موصوف بالصفة في الذمة، فيجب المنع منه.»[[5]](#footnote-6) ایشان فرموده اجماع است که شخصی که سفارش ساخت را، قبول کند و مثلا کفش را شخصی به او سفارش داده که برایش بدوزد، می‌تواند کفش را به شخص دیگری بفروشد و یا اجماع است که سفارش‌دهنده، جایز است که کالایی که سفارش داده را نخریده و تحویل نگیرد. پس معلوم می‌‌شود این عقد استصناع صحیح نیست. دلیل دیگر غرری بودن است زیرا کالا مجهول است مثلا تا نبیند که کفاش چه کفشی تهیه می‌‌کند کالا مجهول است.

دلیل غرر صحیح نیست زیرا در هنگام سفارش ساخت، تمام خصوصیات دخیل در مالیت را مشخص می‌‌کنند مخصوصا سفارش ساخت‌های کلان. گاهی یک شرکت از شرکت یخچال‌سازی مثلا تقاضای صد عدد یخچال می کند و او موجودی ندارد و باید تهیه کند و گاهی نوع کالایی که تهیه می‌‌کنند مناسب عموم مردم نیست و تنها برای سفارش دهنده کاربرد دارد و اگر این عقد، واجب الوفاء نباشد صانع ضرر می‌کند و گاهی هم اگر سازنده وفا نکند، سفارش‌دهنده متضرر می‌‌شود مثلا صانع بخشی از پول را گرفته و مدت ها گذشته اما صانع کالا را تهیه نکرده و به دلیل تورم قیمت ها چند برابر شده است.

## اقوال معاصرین

در بین فقهای معاصر امامیه این بحث چندان مطرح نشده است. البته برخی از معاصرین در کتاب الاجارة و کتاب قراءات فقهیة معاصرة، و برخ یدیگر در کتاب «کلمات سدیدة» مقاله‌ای در رابطه با عقد استصناع نوشته‌اند. برخی نیز در کتاب استفتائات مختصری نظرشان را در این رابطه اعلام کردند که استصناع، عقد مستقل و متمایز از معاملات معمول است که بعضی اشکال نمودند، بعد در ادامه نوشته شده: «عقود و ایقاعات از مؤسَّسات شرع مبین نیست بلکه از اعتبارات عقلایی است که بر حسب نیازهای اجتماعی نزد عقلاء دائر و معتبر شده است و شرع مبین با یک جملۀ ﴿اوفوا بالعقود﴾ همۀ آن‌ها را امضا کرده است بلکه امضا هم لازم نیست، ‌همان عدم ردع و منع شارع کافی است، استصناع نیز یکی از نیاز‌های انسان‌ها است»[[6]](#footnote-7). بعد می‌گویند که به‌عنوان عقد مستقل می‌توان آن را تصحیح کرد. و لذا این بحث‌، بحث مهمی است، اما ‌خیلی بحث نشده، و مناسب است که این بحث دنبال شده و و در ضمن بحث هم روشن می‌‌شود که قوام ماهیت عقد به چیست.

## پنج احتمال در عقد استصناع

احتمال اول:

 عقد استصناع، جعاله است که در این صورت بر سفارش‌دهنده اعطای جُعل بعد از عمل عامل واجب است و این با فرمایش شیخ طوسی که فرموده: «و علی المستصنع ان یرده أو یقبله» سازگار نیست. طبق این قول بر عامل که در اینجا صانع است وفاء واجب نیست.

احتمال دوم:

 استصناع، عقد مستقلی است. در این صورت بر صانع و سفارش دهنده وفا واجب می‌‌شود، ‌در واقع تعهد طرفینی است. صانع متعهد به تهیۀ کالا و عرضۀ آن به سفارش دهنده و سفارش‌دهنده هم ملتزم به خریدن کالا بعد از عرضۀ آن توسط سازنده است. البته در این فرض باید بحث شود که پول تحت چه عنوانی پرداخت می شود زیرا در اینجا دیگر بیع و شرائی صورت نگرفته است. همچنین باید بررسی شود که این التزام طرفینی چه تفاوتی با سایر التزام‌ها دارد.

مثلا اگر دو نفر ملتزم شوند که هر هفته یکی از آن‌ها دیگری را به مهمانی دعوت کند در اینجا مشهور وفا را واجب نمی‌دانند مگر از باب وفای به وعده که بعضی‌ احتیاط واجب می‌‌کنند. وفای به وعده نیز صرفا حق الله است و برای هیچ کدام از طرفین حقی ایجاد نمی کند و کسی حق شکایت بابت عدم عمل به وعده ندارد. ولی ادعا می‌‌شود که مانحن‌فیه با این تواعد‌ها و التزام‌ها در مثل سور دادن متفاوت است و در اینجا حق‌‌آور است یعنی صانع یا سفارش دهنده می تواند برود از طرف دیگر شکایت کند. باید بررسی شود که تفاوت التزامی که در این فرض مطرح است با سایر التزام‌ها چیست؟

احتمال سوم:

استصناع همان بیع سلم است. ظاهرا ‌ابوحنیفه قائل به آن بوده است.

احتمال چهارم:

استصناع، اجاره است یعنی صانع را بر ساخت این کالا اجیر کرده و اجرتش را هم مشخص می‌‌کند.

احتمال پنجم:

استصناع، عقد مرکب از بیع و اجاره است.

بعضی از قرارداد‌ها، قراردادهای بسیط هستند مثلا تنها بیع یا اجاره هستند. بعضی قراردادها مرکب از چند قرارداد هستند مثلا ‌بعضی می‌‌گویند بلیط هواپیما که تهیه می‌‌کنید این عقد مرکب است یعنی هم کالاهایی را که شما در هواپیما دریافت می‌‌کنید مانند آب و بیسکویت می‌‌خرید، ‌هم آن صندلی را اجاره می‌‌کنید، ‌هم آن مهمان‌دارها و آن خلبان را اجیر می‌‌کنید که شما را به این سفر ببرند، ‌در واقع مرکب از (چند) بیع و اجاره است. عقد استصناع ممکن است مرکب از بیع و اجاره باشد. مثلا این مواد را به او می فروشد و بعد از طرف او اجیر می شود که روی این موادی که ملک اوست کار کند و به صورت یخچال در بیاورد.

پس در مسأله پنج قول است. ببینیم کدامیک از این اقوال درست است، هرکدام از این اقوال درست باشد باید به نتایجش ملتزم بشویم.

مثلا اگر جعاله باشد، باید ملتزم شد که صانع هیچ مسئولیتی ندارد، آن‌وقت باید بررسی شود که این پولی که الان می‌‌گیرد بابت چه چیزی است زیرا هنوز عملی انجام نداده است. اگر قرض باشد، قرض مشروط به این‌ است که عمل به آن جعاله کند و این قرض ربوی است. اگر گفته شود هدیه است صحیح نیست زیرا خلاف واقعیت بین مردم است که گفته شود این پول را مجانی به او داده و او هم ملتزم است که وقتی که آن کالا‌ها را تهیه کرد این پول را از آن کالا کم کند.

یا مثلا اگر بیع سلم باشد، حکم شرعی بیع سلم این است که تمام ثمن در مجلس قبض بشود و در همان مجلس، خیار مجلس هست یعنی اگر قرارداد را نوشتند امضا هم کردند، ثبت هم کردند، قبل از این‌که متفرق بشوند اگر یکی از آن ها پشیمان شود خیار مجلس دارد مگر اینکه اسقاط کافۀ خیارات بشود ولی اگر عقد مستقل یا اجاره باشد، دیگر خیار مجلس ندارد.

## اشکال در جعاله بودن عقد استصناع

خیلی واضع است که عقد استصناع، جعاله نیست.

می توان به صورت جعاله قرارداد بست مثلا جُعل تعیین ‌‌کند که اگر یخچالی ساخت و به من تملیک کرد فلان مبلغ را به او می‌‌دهم حتی لازم نیست که مبلغ معینی باشد همین که بگوید به نرخ روز کفایت می کند چون در جعاله غرر، مضر نیست و همین که یک تحدیدی بشود کافی است. بخلاف بیع سلم که نمی‌شود گفت من این کالا را که شش ماه بعد تحویل می دهی از شما به نرخ روز می خرم و این بیع صحیح نیست. اما انصافا عقد استصناع جعاله نیست، چون التزام طرفینی وجود دارد، اما در جعاله تعهدی از طرف سفارش گیرنده (عامل) وجود ندارد.

شهید صدر بیانی داشتند که جعاله عقدی است که با شروع عامل در عمل از طرف او هم قبول می‌‌شود، اگر این نظر هم درست باشد که به نظر ما درست نیست، اما در اینجا اگر هنوز شروع هم نکرده است هیچ‌کس از او قبول نمی‌کند که تعهدی نداشته و می‌‌گویند خلاف تعهدت عمل کردی.

پس قول اول که احتمالش در برخی کلمات مطرح شده اگر قائل داشته باشد، خلاف واقعیت در خارج است. شیخ طوسی هم استصناع را از قبیل جعاله ندانست و الا نمی فرمود: «و المستصنع مخیر بین ان یقبل ما صنعه الصانع و بین ان یرده»[[7]](#footnote-8)

## اشکال در عقد مستقل بودن استصناع

قول دوم مهم است که گفته می‌‌شود عقد استصناع عقد مستقلی است. این تعهد که سازنده متعهد باشد که کالا را بسازد و در معرض فروش به سفارش دهنده قرار دهد، و سفارش‌دهنده هم متعهد باشد که هنگامی که صانع کالا را به او عرضه کرد، آن را مطابق قرارداد بخرد چه به نرخ معین چه به نرخ روز، یک عقد مستقل است. همان‌طور که از رسالۀ استفتائات نقل شد، ظاهرا ایشان این وجه را قائلند و معتقد هستند که ﴿اوفوا بالعقود﴾ شامل این مورد می‌‌شود.

### اشکال اول

اشکال مهم به این بیان که در رسالۀ عقد استصناع در کتاب قراءات فقهیة معاصرة مطرح شده[[8]](#footnote-9)، این است که آیا ماهیت عقد در اینجا صادق است؟

اگر کسی بگوید: اگر خانه بخرید، من به شما قرض می‌‌دهم، در صورتی که پس از خرید، خانه پولی قرض ندهد شما ناراحت می‌‌شوید، ‌می‌گویید خلف وعده کرد اما در ارتکازتان نیست که بروید دادگاه و از او شکایت کنید. درست است که این مثال یک طرفه است ولی اگر بنا بود عقد التزام، عقد باشد او به شما التزام داده و لازم نیست شما هم در مقابل یک التزامی به او بدهید.

اگر کسی بگوید عقد دو التزام گره‌خورده به هم است (التزام متقابل) که حرف درستی نیست، در مثال تعهد دو نفر به یکدیگر برای مهمانی دادن با اینکه التزام متقابل است آیا احساس عقد می‌‌کنید؟‌ آیا مشمول ﴿اوفوا بالعقود﴾ می شود؟ اگر از این تعهد پشیمان شود هیچ‌کس در ذهنش نیست که حق طرف مقابل را تضییع کردی و ‌خلاف قرارداد عمل کردی. ‌بله خلف وعده صادق است. یا مثلا اگر در مقابل اینکه دیگری به شما برای خرید خانه قرض بدهد قول بدهید که مثلا او را در خواستگاری همراهی کنید، این عقد نمی‌شود و اگر بعدا این کار را نکرد حق شکایت ندارید. فرقی نیست بین این مثال‌ها با مانحن‌فیه که صانع ملتزم است به ساخت و فروش و سفارش دهنده هم ملتزم به خرید است، در اینجا نیز التزام ها حقی برای طرفین نمی‌‌آورد.

این یک اشکال که ببینیم ماهیت عقد چیست که در مثال تواعد (وعد طرفینی) ارتکازا عقد صادق نیست ولی در عقد استصناع ادعا می‌‌شود عقد صادق است، ‌اگر عقد یک ماهیت اعتباریه است آیا صرف این التزام طرفین یک ماهیت اعتباریه است که ما بخواهیم به ﴿اوفوا بالعقود﴾ آن را تصحیح کنیم؟

### اشکال دوم

اشکال دوم که اشکال مهمی است این است که ﴿اوفوا بالعقود﴾ در مقام تصحیح هیچ عقدی نیست تا بگوید که محتوای کدام عقد مشروع است، بلکه ‌در مقام الزام به وفای به عقد صحیح است.

همانطور که کسی به «اوفوا بالوعد» برای اثبات مشروع بودن وعده تمسک نمی‌کند. مثلا اگر آرایشگر وعده بدهد که هر دفعه خواستی ریشت را بتراشی من برایت می‌‌تراشم اما بعدا توبه کند و ریش تراشی را کنار بگذارد، کسی نمی گوید که تو وعده دادی و «المؤمن اذا وعد وفی»[[9]](#footnote-10)، «عدة المؤمن نذر لا کفارة له»[[10]](#footnote-11)، بلکه باید متعلق نذر یا وعد یا امثال آن مشروع باشد.

وجوب وفای به وعد، وجوب وفای به نذر و وجوب وفای به عقد انصراف دارد ‌به آن جایی که محتوای این‌ها مشروع باشد. «ان شرط الله قبل شرطکم»[[11]](#footnote-12) یعنی حقوقی که ناشی از قرارداد با دیگران است در طول احکام خدا اعتبار و احترام دارد، ‌اول قوانین خدا را باید در نظر بگیریم در این چهارچوب اگر به همدیگر وعده‌ای دادیم قراردادی بستیم به آن عمل کنیم. اینجا اول الکلام است که این عقد استصناع محتوایش مشروع باشد زیرا بحث در این نیست که این عقد، صحیح لازم است یا صحیح جایز بلکه شیخ طوسی فرمود صحیح نیست.

### مناقشه در استدلال به عدم ردع

استدلال به عدم ردع در فرضی کافی است که این قرارداد‌ها در زمان شارع، شایع باشد تا گفته شود که ردع نشده است. ‌سفارش ساخت در زمان شیخ طوسی بوده اما مشخص نیست که در زمان ائمه ع هم سفارش ساخت بوده و ارتکاز عقلاء هم این بوده که لازم الوفاء است.

اتفاقا اختلاف هم وجود دارد. ‌شافعی آن را لازم الوفاء نمی‌داند و ابوحنیفه آن را لازم الوفاءمی‌داند، می‌‌گویند ابوحنیفه یا استحسان کرده یا گفته مردم این کار را می‌‌کنند پس باید صحیح باشد. اینکه مردم این کار را می‌‌کنند ارتکاز عقلاء را نشان نمی‌‌دهد و اصلا مشخص نمی کند که سیرۀ عام البلوایی بوده یا ارتکاز عقلایی بوده باشد. اینکه ابوحنیفه می گفت: «هذا ما یفعله الناس» معلوم نیست سیرۀ عملیۀ زمان ائمه را درست می‌‌کند تا با عدم ردعش کشف امضا کنیم زیرا ممکن است که تنها بعضی‌ افراد در کوفه این کار را انجام می دادند.

در حال حاضر سیره وجود دارد. وقتی سفارش ساخت می‌‌دهند، اگر پول نگیرد، هیچ چیز رد و بدل نشود، ‌عقلاء مثل کالی به کالی می‌‌دانند، اما اگر پول گرفته باشد و نساخته باشد عقلاء برای سفارش دهنده حق شکایت قائلند و اگر او بسازد و این سفارش‌دهنده قبول نکند و بهانه بیاورد، برای سفارش‌گیرنده حق شکایت قائلند. ‌اما آیا زمان شارع هم این سیره بوده یا نبوده این بحثی است که باید دنبال بشود.

فعلا مهم بحث اول است که آیا ویژگی‌های عقد در اینجا هست یا صرف تواعد طرفینی است که بنا بر عدم وجوب وفای به وعد هیچ وجوب وفا ندارد و ‌بنا بر وجوب وفای به وعد هم یک حکمی است بینه و بین الله، حق‌آور نیست که طرف بتواند شکایت کند. برخی از معاصرین در کتاب قراءات فقهیة معاصرة می‌‌خواهند همین را بگویند که این عقد نیست.

1. [المبسوط في فقه الإمامية ‌2: 194‌.](https://lib.eshia.ir/10036/2/194) [↑](#footnote-ref-2)
2. الوسیلة 257. [↑](#footnote-ref-3)
3. مقرر: در پاورقی کتاب الجامع للشرائع آمده: في بعض النسخ «للمستصنع». [↑](#footnote-ref-4)
4. الجامع للشرائع 259. [↑](#footnote-ref-5)
5. [الخلاف ‌3: 215‌](https://lib.eshia.ir/10015/3/215). [↑](#footnote-ref-6)
6. رساله استفتاءات (منتظرى) ‌2: 293‌. [↑](#footnote-ref-7)
7. [المبسوط في فقه الإمامية ‌2: 194‌.](https://lib.eshia.ir/10036/2/194) [↑](#footnote-ref-8)
8. قراءات فقهية معاصرة، ج‌2، ص: 253‌ [↑](#footnote-ref-9)
9. التمحيص 74 [↑](#footnote-ref-10)
10. الغمة في معرفة الأئمة (ط - القديمة) ‏2: 268. [↑](#footnote-ref-11)
11. [وسائل الشیعه 23: 158.](https://lib.eshia.ir/11025/23/158) [↑](#footnote-ref-12)