فهرست مطالب

[ماهیت عقد استصناع در قراءات فقهیة معاصرة 2](#_Toc179425851)

[بیع سلم بودن عقد استصناع 2](#_Toc179425852)

[بررسی اجاره بودن عقد استصناع 3](#_Toc179425853)

[بررسی عقد مستقل بودن عقد استصناع 3](#_Toc179425854)

[ماهیت عقد استصناع در کلمات سدیده 3](#_Toc179425855)

[بیع سلم بودن عقد استصناع 3](#_Toc179425856)

[تفاوت عقد استصناع با بیع کالی به کالی 5](#_Toc179425857)

[خلاصه نظرات 6](#_Toc179425858)

[جایگزینی صلح در عقد استصناع 6](#_Toc179425859)



شیخ طوسی در خلاف و مبسوط فرموده که عقد استصناع صحیح نیست، و به شافعی هم نسبت داده که بر خلاف ابوحنیفه، قائل به بطلان آن است[[1]](#footnote-2). اما در کتاب «الامّ» شافعی عبارتی هست که ظهور در بطلان آن به دلیل غرری بودن دارد: «وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ لَهُ طَسْتاً مِنْ نُحَاسٍ وَحَدِيدٍ أَوْ نُحَاسٍ وَرَصَاصٍ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَخْلُصَانِ فَيَعْرِفُ قَدْرَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَيْسَ هَذَا كَالصِّبْغِ فِي الثَّوْبِ لِأَنَّ الصِّبْغَ فِي ثَوْبِهِ زِينَةٌ لَا يُغَيِّرُهُ أَنْ تُضْبَطَ صِفَتُهُ»[[2]](#footnote-3) گویا چون در این سفارش ساخت، مقدار هر کدام مشخص نیست موجب غرر است، لذا ایشان را به‌عنوان مخالف عقد استصناع نمی‌شود تلقی کرد[[3]](#footnote-4).

برای بررسی صحت عقد استصناع و اینکه داخل در چه عقدی است کلام دو نفر از معاصرین که در این موضوع مقاله نوشته اند را نقل می‌کنیم.

# ماهیت عقد استصناع طبق نظر کتاب قراءات فقهیة معاصرة

## بیع سلم بودن عقد استصناع

در کتاب قراءات فقهیة معاصرة می‌فرمایند: عقد استصناع باید به بیع سلم برگردد و لذا شرائط بیع سلم را باید داشته باشد، از جمله اینکه تمام ثمن باید در مجلس پرداخت شود زیرا اجماع مسلّم بر این است که در بیع سلم اگر ثمن در مجلس پرداخت نشود بیع باطل است[[4]](#footnote-5).

البته فرض بحث در جایی است که محل کاری که از صانع خواسته می شود، منعدم باشد مثلا بدون اینکه از خود پارچه داشته یا ابتدا از خیاط آن را بخرد از او می‌خواهد یک لباس برایش بدوزد. اما اگر مثلا پارچه‌ای بدهد تا با آن لباس دوخته شود، مصداق عقد اجاره است و یا اگر پارچه‌ای که مال صانع هست از او بخرد و شرط کند که باید با آن لباس بدوزد در اینجا ابتدا بیع است و در ادامه اجاره است. اگر خیاط قبای ناقصی دارد و مشتری ابتدا از او خریده و شرط تکمیل آن را بکند، در اینجا اجاره نبوده و بیع به شرط فعل است. شبیه آنچه آقای سیستانی در مورد خرید آپارتمان مطرح کردند که اگر آپارتمان ناقصی موجود است و شما پیش‌خرید می‌‌کنید به ‌شرط این که تکمیل بشود و به شما تحویل بدهند؛ در اینجا مبیع، شخصی است و نیاز نیست ثمن در مجلس پرداخت بشود. اما اگر زمین بدون بناست -یا حتی زمین مشخصی هم نیست- شما یک واحد آپارتمان با مشخصات کامل -که از غرر بیرون بیاید- خرید می‌‌کنید، آقای سیستانی فرمودند: این بیع سلم است و لذا به مقداری نافذ است که پولش را فی‌المجلس بدهید، و نسبت به مازاد، بیع باطل است.

بیع سلم دو شرط دارد: اول آن که مبیع، کلی فی‌الذمه باشد در نتیجه پیش‌خرید آپارتمان نیمه‌کاره، بیع سلم نیست چون مبیع، شخصی است. دومین شرط این است که مبیع کلی فی‌الذمه، اجل داشته باشد. مثلا صد کیلو برنج از شما بخرند که شش ماه دیگر تحویل بدهید این بیع سلم است اما اگر اجل را شرط نکنند بلکه توافق کنند که در آینده تحویل داده شود بیع سلم نیست و در نتیجه لازم نیست که ثمن در مجلس عقد پرداخت شود. مثلا اگر صد کیلو برنج بخرید به صورتی که از زمان عقد می توانید مبیع را مطالبه کنید اما فعلا تحویل نمی گیرید در اینجا مبیع، کلی فی‌الذمه و حالّ بوده، اجل ندارد و لذا ثمن در مجلس هم ادا نشود هیچ مشکلی به وجود نمی‌آید. در سفارش ساخت هیچ کالایی وجود ندارد و اگر بیع باشد قطعا مبیع مؤجل است و بیع سلم می شود.

## بررسی اجاره بودن عقد استصناع

در کتاب قراءات فقهیه معاصره می فرمایند: عقد استصناع، اجاره نیست. زیرا ‌اجاره این است که اجیر در مالی که ملک دیگری هست کاری انجام دهد نه این‌که در ملک خودش عملی انجام دهد. بله، اگر واقعیت خارجی عوض شد به این صورت که به طرف مقابل وکالت دادیم که پارچه‌ای برای ما خریده و وقتی که پارچه ملک ما شد، او اجیر باشد که با این پارچه قبا بدوزد، اجاره می‌شود اما این صورت، خلاف واقعیت سفارش ساخت است و لوازمش نیز قابل التزام نیست زیرا اگر این پارچه در دست خیاط تلف شود، در حقیقت در ملک سفارش دهنده تلف شده است در حالی که این خلاف ارتکاز عرف است که تلف را از مال خیاط می‌دانند و مردم در سفارش ساخت، صانع را وکیل در خرید مواد اولیه مانند پارچه نمی‌دانند[[5]](#footnote-6).

## بررسی عقد مستقل بودن عقد استصناع

عقد استصناع عقد مستقل هم نیست زیرا صرف التزام طرفینی، عقد نیست مثل اینکه یکی ملتزم باشد که کفش بدوزد و دیگری ملتزم باشد که آن را بخرد یا مثلا من ملتزم باشم که فردا به منزل زید بروم به شرط اینکه عمرو هم ملتزم باشد با من به منزل زید بیاید. هر تواعدی عقد نیست. در نظر ایشان، عقد یک ماهیت اعتباریه است مانند ماهیت اعتباریه بیع و نکاح.[[6]](#footnote-7)

التزام طرفینی نیز مانند اینکه دو نفر ملتزم شوند که هر هفته یک نفرشان دیگری را به مهمانی دعوت کند اگر یکی از این دو نفر، به التزام خود پایبند نباشد، نمی گویند که خلاف قرارداد عمل کردی و کسی برای خودش حق شکایت قائل نیست. نهایتا خلف وعده است که از نظر برخی به فتوا یا به احتیاط خلاف شرع است.

این محصل نظر قراءات فقهیه معاصره است که مفصلش را هم بیان خواهیم کرد.

# ماهیت عقد استصناع در کلمات سدیده

## بیع سلم بودن عقد استصناع

در کتاب «کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة» نیز بحث عقد استصناع مطرح شده در آنجا می فرمایند که عقد استصناع (سفارش ساخت) سه قسم است:

قسم اول که عقد نیست این است که مثلا شخصی بگوید که برای من کفش بدوز شاید آن را بخرم و طرف مقابل هم بگوید که شاید آن را بسازم. در این فرض، عقد استصناع نه عقد است و نه بیع[[7]](#footnote-8).

قسم دوم این است که یک کفش با مشخصات معین را در مقابل یک مبلغ معین به طرف مقابل تملیک کند و بخشی از پول به عنوان بیعانه داده می شود، این بیع سلم است. اگر کسی اشکال کند که در عقد استصناع مردم کل پول را نمی‌دهند و بیعانه می دهند اما در بیع سلم قبض ثمن فی‌المجلس معتبر است، ایشان پاسخ می دهد که لزوم قبض ثمن در مجلس، در بیع سلم و لو مشهور بین فقها هست اما دلیلی ندارد. اطلاق ﴿احل الله البیع﴾ و﴿ تجارة عن تراض﴾ دلالت می کند که عقد استصناع، بیع است ولو به آن بیع سلم نگویند. هیچ دلیلی بر بطلان این بیع نیست مگر اجماع منقول که اعتباری ندارد و مدرکی است[[8]](#footnote-9).

قسم سوم این است که التزام متقابل باشد. صانع ملتزم شود که کالا را بسازد و در زمان مقرر به شما بفروشد در مقابلِ التزام شما که وقتی کالا را به شما فروخت، شما نیز کالا را از او بخرید. عقد، در لغت به التزام متقابل معنا شده است -عقد یعنی عهد مشدد- و التزام طرفینی عقد می‌‌شود، اما التزام یک طرفه ایقاع است. وقتی بر التزام متقابل، عقد صادق بود ﴿ اوفوا بالعقود﴾ شامل آن می شود[[9]](#footnote-10).

ایشان فرموده: کسی توهم نکند اگر در عقد استصناع سازنده به فروش در آینده و سفارش دهنده نیز به خرید در آینده التزام دارد، صحت چنین عقدی بر خلاف روایاتی است که می فرماید باید هنگام خرید و فروش بایع و مشتری مختار باشند، «ان شاء باع و ان شاء لم یبع، ان شئت اشتریت و ان شئت لم تشتر»[[10]](#footnote-11). زیرا این روایات می فرمایند: قبل از مالک شدنِ چیزی آن را نفروشید و اول مالک بشوید بعد بفروشید. اگر ماشینی برای زید است اول آن را بخرید بعدا بفروشید نه این که اول به مشتری ماشین زید را بفروشید و بعد از زید آن را بخرید و به مشتری تحویل دهید[[11]](#footnote-12).

البته این بحث در مبیع شخصی مطرح است اما در مبیع کلی فی‌الذمه روایات مسلمی داریم که مبیع لازم نیست که شخصی باشد مثلا شما صد کیلو برنج کلی می‌‌فروشید و بعد می روید و تهیه می‌‌کنید و تحویل می‌‌دهید و این صحیح است.‌ «لا بیع الا فی ملک» نیز یا به این معنا است که مبیع شخصی را اول باید مالک بشوید بعد بفروشید یا به این معنا است که شما یا باید مالک باشید یا ولایت داشته باشید یا وکیل بر بیع باشید و کسی که کلی فی‌الذمه می‌‌فروشد و می‌‌تواند در وقتش تحویل بدهد ولایت دارد و خودش را بدهکار می‌کند زیرا «‌الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم». «لا بیع الا فی ملک» می‌‌گوید بیع نافذ نیست، بیع فضولی نیز بیع ملک غیر است و نافذ نیست و بعد از اجازۀ مالک، نافذ می شود زیرا بیع مستند به مالک می‌شود.

## تفاوت عقد استصناع با بیع کالی به کالی

ایشان در مورد بیع کالی به کالی می فرمایند: در روایت طلحة بن زید نهی پیامبر (ص) از بیع کالی به کالی نقل شده است[[12]](#footnote-13) همچنین در کتب عامه نیز این نهی نقل شده است[[13]](#footnote-14). کالی یعنی دین، بیع کالی یعنی دین مؤجل، کالی از کلأ به معنای حفظ می آید یعنی چیزی که انسان آن را حفظ می‌‌کند و مواظبش هست که دین مؤجل است.

ایشان می فرماید: بیع الدین بالدین یا بیع الدین المؤجل بالدین المؤجل، ربطی به عقد استصناع ندارد چون ظاهر نهی بیع الدین بالدین این است که چیزی را که قبل از بیع، دین است، نفروشید. مثلا اگر کسی چک یک میلیونی که شش ماهه است را به یک چک یک ماهه به مبلغ هشتصد هزار تومان بفروشد، بیع الدین بالدین است زیرا قبل از بیع هم چک یک میلیونی که زید به عنوان اجرت از کسی که برای اوکار کرده گرفته، دین است و هم چک هشتصد هزار تومانی که عمرو به عنوان اجرت از کسی که برای اوکار کرده گرفته، دین است.

در بیع سلم مبیع کلی فی‌الذمه است ولی اجل دارد و در رتبۀ سابقۀ بر بیع، دین نیست ، و آن ثمن هم در رتبۀ سابقۀ بر بیع، دین نیست و در رتبه لاحقه بر بیع دین می شوند.

این خلاصۀ نظر صاحب کتاب کلمات سدیدة است.

# خلاصه نظرات

بنابراین نظر صاحب کتاب قراءات فقهیة معاصرة بر این‌ است که عقد استصناع را در صورتی می‌‌توان تصحیح کرد که به بیع سلم برگردد و یکی از شرائط بیع سلم قبض ثمن فی‌المجلس است و این مطلب متسالم بین فقها است غیر ابن‌جنید که منسوب به او انکار این شرط است، بلکه این شرط مرتکز بین عقلا است. و اشکال به منقول بودن یا مدرکی بودن اجماع صحیح نیست.

اما بیان صاحب کتاب کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة این است که یک قسم از عقد استصناع، اصلا عقد نیست. قسمی از آن به بیع سلم بر می گردد که صحیح است و لو قبض ثمن در مجلس نشود چون عمومات﴿ احل الله البیع﴾ و ﴿تجارة عن تراض﴾ آن را می‌‌گیرد و اجماع منقول بر اعتبار قبض ثمن در مجلس، مدرکی بوده و معتبر نیست. قسم دیگر از سفارش ساخت‌ها نیز به اتفاق و التزام متقابل صانع و سفارش دهنده بر می‌گردد. ﴿اوفوا بالعقود﴾ این قسم را تصحیح کرده و برای طرفین حق ایجاد می‌‌شود یعنی می‌‌توانند هرکدام در فرض تخلف دیگری بروند شکایت کنند. در این فرض می توان ثمن را معین نکرد و همین که گفته شود به نرخ روز خریداری می شود کافی است و غرر نیست.

# جایگزینی صلح در عقد استصناع

صلح می تواند جایگزین این موارد بشود اما در صلح باید انشای سازش بشود، مثلا اگر تصالح ‌‌کنند بر اینکه ملک دیگری بشود در اینجا صلح جایگزین بیع سلم می‌شود.

صلح عقدی است که برای رهایی از قیود عقود دیگر به کار می‌آید. آقای سیستانی در بیع سلم قبض ثمن فی‌المجلس را شرط می‌دانند اما می فرمایند: در صورتی که انشاء صلح سلف بشود نیازی به قبض ثمن فی‌المجلس نیست. همچنین اگر صلحی کنند که نتیجه اش هبه است نیازی نیست که مال موهوب را به موهوب‌له قبض کنند. یعنی صلح یک قراردادی است که تابع هیچ قانونی نیست، مثلا اگر صلح سلم غرری هم باشد اشکالی ندارد چون اساس صلح بر غرر است. زیرا همانطور که در روایات بیان شده سازش در مواردی است که طرفین نمی‌دانستند که عین مورد تصالح و عوض آن چه مقدار است و در عین حال تصالح می‌‌کردند. و همانطور که بیان شده «الصلح جائز»[[14]](#footnote-15). اما در صلح نمی توان مفاد قرارداد را عوض کرد یا جایگزین بیع سلم است یا جایگزین التزام متقابل.

آقای خوئی در فرضی که التزام متقابل به عنوان صلح انشاء شود، صلح را لازم الوفاء می دانند. ایشان در منهاج الصالحین در بحث نکاح موقت می فرمایند: « (مسألة 1309):لو صالحها على ان يبرئها المدة و ان لا تتزوج بفلان صح الصلح و وجب عليه الإبراء فإن امتنع أجبره الحاكم فان تعذر تولاه الحاكم و لا يجوز لها ان تتزوج بفلان لكنها إن تزوجت به صح التزويج و إن كانت المصالحة على ان تتزوج بفلان وجب ذلك عليها فان امتنعت أجبرها الحاكم فان تعذر إجبارها زوجها الحاكم منه و لو صالحها على أن تكون بريئة من المدة بنحو شرط النتيجة صحت المصالحة و لو أبرأها معلقا على شي‌ء مثل ان لا تتزوج من فلان مثلا أو مطلقا بطل الإبراء»[[15]](#footnote-16). یعنی مرد با زنی که با او عقد موقت بسته تصالح می‌‌کند که بقیه مدت را به زن ببخشد در مقابل اینکه زن مثلا با زید ازدواج نکند. در اینجا آقای خویی فرموده‌اند که صلح، صحیح است و بر مرد واجب می شود که بقیه مدت را ببخشد. آقای خویی در اینجا آثار عقد را بار می کنند که «فإن امتنع أجبره الحاكم» بنابراین صرف تواعد نیست. ‌اگر حاکم هم نمی‌تواند او را مجبور کند از باب الحاکم ولی الممتنع، حاکم بقیه مدت عقد موقت را هبه می کند. آن زن هم حق ندارد با آن شخصی که گفته بودند با او ازواج نکن، ازدواج کند. اگر صلح کردند که مرد مدت را هبه کند و در مقابل زن ملتزم باشد که با زید ازدواج کند، در اینجا بر آن زن واجب می‌‌شود که با زید ازدواج کند و اگر امتناع کند حاکم زن را اجبار می‌‌کند و اگر نپذیرفت از باب الحاکم ولی الممتنع حاکم شرع عقد زن را با زید می خواند. در اینجا صلح بر دو التزام است و آقای خویی آن را عقد دانسته‌اند.

آقای سیستانی هم این مسأله را دارند البته عبارت را عوض کرده‌اند ولی سوال کردیم گفتند که آقای سیستانی هم این مطلب را قبول دارند که اگر امکان اجبار نباشد حاکم شرع متصدی می شود. ایشان در منهاج می فرمایند: « مسألة 254: إذا أبرأها المدة معلقاً علىٰ شي‌ء كأن لا تتزوج من فلان‌ مثلًا أو مطلقاً، بطل الإبراء.و لو أبرأها بشرط ان لا تتزوج فلاناً مثلًا. صحّ الإبراء و بطل الشرط.و لو صالحها علىٰ ان يبرئها المدة، أو تكون بريئة منها علىٰ نحو شرط النتيجة و لا تتزوج بفلان، صحّ الصلح و وجب عليه الإبراء في الصورة الأولىٰ و حرم عليها الزواج في الصورتين، فلو خالف و لم يبرئها جاز لها إجباره عليه و لو بالتوسل بالحاكم الشرعي، و لو خالفت فتزوجت به صح التزويج علىٰ الأظهر و إن كانت آثمة.و لو كانت المصالحة علىٰ ان تتزوج بفلان وجب عليها ذلك مع الإمكان، فإن امتنعت جاز له إجبارها عليه و لو بالتوسل بالحاكم الشرعي.»[[16]](#footnote-17)

پس می توان التزام متقابل را به شکل صلح انشاء کرد و اگر به شکل صلح انشاء شود شبهاتی از قبیل اینکه تواعد و قول طرفینی عقد نیست، برطرف می شود.

و الحمد لله رب العالمین.

1. [الخلاف ‌3: 215‌](https://lib.eshia.ir/10015/3/215)، [المبسوط في فقه الإمامية ‌2: 194‌.](https://lib.eshia.ir/10036/2/194) [↑](#footnote-ref-2)
2. [الأم للشافعی 2: 134.](http://lib.efatwa.ir/43848/3/134/%D9%86%D8%AD%D8%A7%D8%B3) [↑](#footnote-ref-3)
3. مقرر: زیرا بر طبق نظر ایشان در صورتی که غرر نباشد این عقد صحیح است. [↑](#footnote-ref-4)
4. قراءات فقهية معاصرة ‌2: 257‌. [↑](#footnote-ref-5)
5. قراءات فقهية معاصرة 2: 261‌. [↑](#footnote-ref-6)
6. قراءات فقهية معاصرة ‌2: 251‌. [↑](#footnote-ref-7)
7. مقرر: در کتاب این قسم به عنوان قسم ثالث ذکر شده است: كلمات سديدة في مسائل جديدة 227. [↑](#footnote-ref-8)
8. مقرر: در کتاب این قسم به عنوان قسم اول ذکر شده است: كلمات سديدة في مسائل جديدة 226‌. [↑](#footnote-ref-9)
9. مقرر: در کتاب این قسم به عنوان قسم ثانی ذکر شده است: كلمات سديدة في مسائل جديدة 227. [↑](#footnote-ref-10)
10. [وسائل الشیعة 18: 42](https://lib.eshia.ir/11025/18/42) [↑](#footnote-ref-11)
11. كلمات سديدة في مسائل جديدة 222‌. [↑](#footnote-ref-12)
12. [وسائل الشيعة ‏18: 347](https://lib.eshia.ir/11025/18/347/23818)؛ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مِهْزَمٍ عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ «3» عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص لَا يُبَاعُ الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ. [↑](#footnote-ref-13)
13. [المستدرك على الصحيحين، الحاكم، أبو عبد الله 2: 65.](http://lib.efatwa.ir/42119/2/65/2342) [↑](#footnote-ref-14)
14. [وسائل الشيعة ‏18: 443.](https://lib.eshia.ir/11025/18/443) [↑](#footnote-ref-15)
15. .منهاج الصالحين (للخوئي) ‌2: 273. [↑](#footnote-ref-16)
16. منهاج الصالحين (للسيستاني) ‌3: 79. [↑](#footnote-ref-17)