فهرست مطالب

[بررسی عقد مستقل بودن عقد استصناع 1](#_Toc179760898)

[بررسی اجاره بودن عقد استصناع 2](#_Toc179760899)

[بررسی ماهیت عقد در کتاب کلمات سدیدة 3](#_Toc179760900)

[ملاک صدق عقد در کتاب فقه العقود 4](#_Toc179760901)

[تفاوت عقد و عهد در کتاب فقه العقود 5](#_Toc179760902)

[وجوب وفای عهد در کتاب فقه العقود و تطبیق بر عقد استصناع 7](#_Toc179760903)

[اشکال به وجوب وفای عهد 7](#_Toc179760904)



# بررسی عقد مستقل بودن عقد استصناع

بحث در مورد عقد استصناع یا سفارش ساخت بود.

در کلمات سدیدة فرمودند: دو نوع عقد استصناع صحیح وجود دارد. قسم اول مشتمل بر تملیک نبوده و صرف التزام است، صانع ملتزم است که کالا را ساخته و بفروشد در مقابل التزام سفارش دهنده به خرید کالا به قیمت مشخص یا به نرخ روز که این قسم مشمول ﴿اوفوا بالعقود﴾ است[[1]](#footnote-2). قسم دوم مشتمل بر تملیک بوده و صانع کلی فی‌الذمه را می‌‌فروشد مثلا یک عدد کفش با مشخصات معین که زمان تحویل آن، یک ماه دیگر است. این قسم، ‌بیع سلم است. در بیع سلم ادعای اجماع بر لزوم قبض ثمن فی المجلس شده است، اما این مطلب دلیلی ندارد و بر طبق عمومات، بیع سلم صحیح است و لو قبض ثمن در مجلس نشده باشد[[2]](#footnote-3).

‌در کتاب قراءات فقهیة معاصرة راجع به قسم اول اشکال شده که هر التزام متقابلی عقد نیست و اساسا لزومی ندارد که عقد، التزام متقابل باشد. در هبه، واهب تملیک مال را انشاء می‌‌کند و موهوب‌له قبول می‌‌کند اما هیچکدام به چیزی ملتزم نیستند در حالی که همه فقها، هبه را عقد می دانند چون نیاز به قبول دارد. بنابراین نیازی نیست عقد، التزام متقابل باشد.

نقض دوم اینکه گاهی التزام متقابل وجود دارد اما عقد نیست. مثلا شخصی ملتزم می‌‌شود فردا به حرم برود و شخص دیگری هم ملتزم می‌‌شود که در کنار او باشد، این را عرف، عقد نمی داند و اینطور نیست که اگر یک نفر از آن ها نیاید گفته شود که خلاف عقد عمل کرده است. عقد عبارت از یک ماهیت اعتباریه مثل زوجیت و ملکیت است. ‌صرف التزام به یک عمل و لو التزام متقابل، عقد نیست بلکه تواعد یعنی وعد طرفینی است. و لذا در کتاب قراءات فقهیة معاصرة عقد مستقل بودن عقد استصناع را منکر شده و گفته اند که عقد استصناع اگر می‌‌خواهد صحیح باشد، باید بیع سلم باشد و بر لزوم قبض ثمن فی‌المجلس در بیع سلم تسالم است و لو دلیل لفظی نداشته باشد. بنابراین باید قبض ثمن در مجلس بشود و الا بیع باطل است[[3]](#footnote-4).

# بررسی اجاره بودن عقد استصناع

در هر دو کتاب کلمات سدیده و قراءات فقهیة معاصرة[[4]](#footnote-5) اجاره بودن عقد استصناع پذیرفته نشده است (که شاید به علت اشکالالتی است که بر آن وارد است).

**اشکال اول:** اجاره باید بر محلی باشد که مملوکِ مستاجر است. مثلا مالک خانه، نقاشی را اجیر می کند که خانه او را نقاشی کند در اینجا مالک خانه مستاجر است یا مستاجر کسی است که مالک خانه راضی است او این عمل را در ملکش انجام دهد. اما این اجاره صحیح نیست که مستاجر، نقاش را اجیر کند که خانه خود نقاش را نقاشی کند. یا مثلا اجیر کردن صانع برای اینکه با چرمی که در ملک خودش است کفش بدوزد بی معنا است. بله، اگر ابتدا چرم از صانع خریداری شود و بعد او را اجیر کند که کفش بسازد، مانعی ندارد.

در طلافروشی‌ها رایج شده که مثلا یک مثقال طلای کهنه را گرفته و در مقابل یک مثقال طلای نو می دهند ولی برای طلای نو اجرت ساخت می گیرند یا طلای کهنه از طلای نو یک مقدار بیشتر است و مقدار زیادی را در مقابل اجرت ساخت طلای نو قرار می دهند. این کار غلط است زیرا طلافروش این هیئت -مثلا گردن‌بند بودن- را در ملک خودش ایجاد کرد نه در ملک مشتری و اساسا مشتری به او نگفته بود که این را ایجاد کند، بنابراین اجرت گرفتن بر این ساخت طلا از مشتری بی‌معنا است و لذا ربای معاوضی است -یعنی در واقع یک مثقال طلای نو به اضافۀ مزد ساخت معامله می‌‌شود با یک مثقال طلای کهنه- و بیع باطل است. کسانی که تابع احکام شرعی هستند، دو بیع و شراء مستقل انجام می دهند. مثلا طلای ساخته شدۀ جدید را به مشتری بیست میلیون فروخته و طلای کهنه را از او بیست میلیون می خرند و بعد این ها تهاتر می شود و این اشکال ندارد.

**اشکال دوم:** اگر چنین عقد اجاره ای هم صحیح باشد اجاره بر عمل است و آن موادی که سفارش داده شده به ملک سفارش دهنده در نمی آید.

گاهی اجاره بر عمل یک توابع عرفی دارد، وقتی پارچه ای به خیاط داده می شود و او بر خیاطت اجیر می شود، نخ‌های خیاطی، قیطان و تکمه‌ها بالتبع تملیک به مستاجر می‌‌شود البته -اگر گفته نشود که عقد مرکب است- اما در عقد استصناع نمی توان این را گفت زیرا در اینجا اصل همان مواد ملک مشتری نیست و نمی توان گفت که این مواد به تبع آن هیئتِ در آن مواد، تملیک به سفارش‌دهنده می‌‌شود. چنین اجاره‌ای بین عقلاء وجود ندارد.

# بررسی ماهیت عقد در کتاب کلمات سدیدة

در کلمات سدیدة گفته شده: در لغت، عقد، التزام طرفینی است و در فارسی به معنای گره است، عقد بستن یعنی گره بستن. دو نخ اگر به هم گره زده شوند عقد است، «عقدتَ هذا الخیط بذاک الخیط». در نتیجه اگر التزام به ساخت یک کالا و فروش آن، به التزام خرید کالا گره زده شود، عقد می‌شود. سپس کلمات لغویین را بیان می‌کنند[[5]](#footnote-6):

- در مصباح المنیر گفته شده: «عَقَدْتُ: الْحَبْلَ (عَقْداً) مِنْ بَابِ ضَرَبَ (فَانْعَقَدَ) وَ (الْعُقْدَةُ) مَا يُمْسِكُهُ وَ يُوثِقُهُ»[[6]](#footnote-7) گره زدن ریسمان را عقد می‌گویند.

- در اقرب الموارد گفته شده: «عَقَدَ الحبلَ و عَقَدَ البيعَ و العهد و اليمين و نحوها عقدا‌ أحكمه و شدّه. و هو نقيض حلّه. و الخيطَ و نحوه: جعل فيه عقدة و جمع بين أطرافه»

- در فروق اللغات جزائری گفته شده: «العقد و العهد قيل: الفرق بينهما أنّ العقد فيه معنى الاستيثاق و الشدّ و لا يكون إلّا بين متعاقدين، و العهد قد ينفرد به الواحد، فبينهما عموم و خصوص» یعنی عقد بین دو طرف است ولی عهد ممکن است از یک طرف باشد، مثل اینکه ‌شخصی خودش متعهد می‌‌شود کاری انجام بدهد بدون این‌که طرف مقابلی داشته باشد. عهد اعم از عقد می‌‌شود.

- در مفرادت راغب گفته شده: «العَقْدُ: الجمع بين أطراف الشي‌ء، و يستعمل ذلك في الأجسام الصّلبة كعقد الحبل و عقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو: عَقْدِ البيع، و العهد، و غيرهما»[[7]](#footnote-8).

- در کتاب منتخب اللغات گفته شده: «عَقد- بالفتح- بستن و گره دادن. عَقَد- بفتحتين-:گره گرفتن ريسمان و زبان.» ، حضرت موسی ع یک مقدار زبانش گیر می‌‌کرد و دعا کرد که ﴿وَ احْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي﴾[[8]](#footnote-9) . همین عقده در عقدة النکاح هم بکار رفته و در قرآن بیان شده: ﴿بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾[[9]](#footnote-10) پس هر گره‌ای عقد می شود.

- در تفسیر مجمع البیان گفته شده: «العقود جمع عقد بمعنى معقود، و هو أوكد العهود، و الفرق بين العقد و العهد أنّ العقد فيه معنى الاستيثاق و الشدّ و لا يكون إلّا بين متعاقدين، و العهد قد ينفرد به الواحد، فكل عقد عهد، و لا يكون كلّ عهد عقدا. و أصله عقد الشي‌ء بغيره، و هو وصله به، كما يعقد الحبل»

خلاصۀ مطلب ایشان این است که عقد یعنی گره و در عقود اعتباری به این لحاظ عقد می‌‌گویند که بین دو التزام گره بسته می‌‌شود و ‌بین دو قرار ربط برقرار می‌‌شود. «ربط قرار بقرار»، «ربط التزام بالالتزام» عقد می‌‌شود که بر عقد استصناع صادق است و لذا ﴿اوفوا بالعقود﴾ عقد استصناع را تصحیح کرده و لازم الوفاء می‌‌کند[[10]](#footnote-11).

مطلبی که در اینجا مطرح شده که حتی اگر عقد بودن التزام طرفینی ثابت نشود اما عهد بر آن صادق است و در مورد عهد گفته شده: ﴿وَ أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾[[11]](#footnote-12) و از این باب می توان عقد استصناع را تصحیح کرد. باید این مطلب بررسی شود، ان‌شاءالله بعدا آن را دنبال می‌‌کنیم.

# ملاک صدق عقد در کتاب فقه العقود

در کتاب فقه العقود، ملاک صدق عقد از نظر شیعه و اهل سنت و حقوق غرب بررسی شده است.

ما در این مقام، تعریف عقد از نظر فقه شیعی را بررسی می‌کنیم. ایشان عبارتی از محاضرات آقای خوئی نقل می‌کنند: «العقد شد احد الالتزامین و عقده بالآخر» سپس اشکال می‌‌کنند که اولا: عقد اعم از التزام است. چه بسا در ضمن عقد بیع، التزامی وجود نداشته و اعتبار ملکیت شود. در عقد نکاح مخصوصا نکاح موقت، التزامی نیست و انشای زوجیت است و طرف مقابل هم اعتبار زوجیت را می پذیرد و قوام عقد موقت به التزام به پرداخت مهریه هم نیست. پس این تعریف شامل عقود اعتباریه‌ای که متضمن هیچ التزامی نیست، نمی‌شود[[12]](#footnote-13).

مرحوم نائینی فرموده:‌ عقد البیع و عقد النکاح را به دلیل التزامات جنبی‌‌شان عقد می‌‌گویند. و لذا بیع معاطاتی عقد نیست چون هیچ التزام جنبی ندارد[[13]](#footnote-14).

کلام ایشان اشکال صغروی دارد که بیع معاطاتی هم عملا تمام شروط بیع لفظی را دارد. از نظر کبروی نیز کلام ایشان صحیح نیست زیرا ایشان می‌‌گوید منشأ صدق عقد بر بیع آن التزام‌های جنبی است مانند ملتزم بودن به فسخ نکردن، ملتزم بودن به تحویل مبیع، ملتزم بودن به تحویل ثمن و الا اگر بیع صرف تملیک و تملک باشد عقد نیست. در حالی که این خلاف وجدان عرفی است. در وجدان عرفی بیع و نکاح، عقد است و لو هیچ التزامی به طرف مقابل داده نشود. التزام به معنای تعهد است و باید به فعل تعلق بگیرد.

و لذا محقق اصفهانی تعبیر را عوض کرده و به صورت دقیق تر فرموده: «العقد هو القرار المرتبط بقرار آخر»[[14]](#footnote-15). قرار هم بر التزام و هم بر اعتبار، صادق است. عهد به معنای التزام، یک قسمی از قرار است، ولی عهد بالمعنی الاعم ممکن است همان اعتبار باشد.

# تفاوت عقد و عهد در کتاب فقه العقود

در ادامه در کتاب فقه العقود تفاوت بین عقد و عهد مطرح شده و می فرمایند: عهد به دو معنا می‌‌آید[[15]](#footnote-16).

**معنای اول** وصیت است که اعم از وصیت عهدیه و وصیت تکلیفیه می باشد. وصیت عهدیه مانند عهد امیر المؤمنین علیه السلام به مالک اشتر و آیه ﴿لاَ يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ﴾[[16]](#footnote-17) ، که در آن عهد به معنای التزام نیست، بلکه به معنای وصیت است که خدا عهد امامت را سفارش می‌‌کند، وصیت تکلیفیه مانند ﴿وَ عَهِدْنَا إِلَى إِبْرَاهِيمَ وَ إِسْمَاعِيلَ أَنْ طَهِّرَا بَيْتِيَ لِلطَّائِفِينَ﴾، آن وصیتی که در آن، حضرت ابراهیم ع و حضرت اسماعیل ع به یک عملی ‌امر تکلیفی شدند.

**معنای دوم** میثاق است، مانند ﴿وَ مِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّه لَئِنْ آتٰانٰا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ﴾َ[[17]](#footnote-18) وقتی عهد به معنای میثاق بود فعلش «عاهد» است «عَهِد» نیست.یا مانند ﴿بَرٰاءَةٌ مِنَ اللّٰهِ وَ رَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عٰاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾، در اینجا نیز عهد به معنای میثاق است و این عهد است که می‌‌گویند به او وفا کن و الا عهد به معنای وصیت در واقع سفارش است و به شخصی که عهد به معنای وصیت می‌‌کند نمی‌گویند وفا کن، بلکه طرف مقابل باید به او وفا کند مانند ﴿‌وَ أَوْفُوا بِعَهْدِي﴾[[18]](#footnote-19)، یعنی عهد من و وصیت من است شما وفا کنید. عهد به معنای دوم که میثاق است را خود شخصی که عهد می‌‌بندد باید وفا کند مانند ﴿وَ مَنْ أَوْفىٰ بِمٰا عٰاهَدَ عَلَيْهُ اللّٰهَ فَسَيُؤْتِيهِ أَجْراً عَظِيماً﴾[[19]](#footnote-20)، ﴿وَ أَوْفُوا بِعَهْدِ اللّٰهِ إِذٰا عٰاهَدْتُمْ﴾[[20]](#footnote-21) ، ﴿وَ الْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذٰا عٰاهَدُوا﴾[[21]](#footnote-22). در آیه ﴿الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللّٰهِ وَ لٰا يَنْقُضُونَ الْمِيثٰاقَ﴾[[22]](#footnote-23) ممکن است مراد این باشد که «الذین یوفون بما عاهد الله» ولی به نظر ما احتمال دارد به همان معنای اول باشد که «یوفون بوصیة الله» و لذا این آیه را مناسب نبود ایشان بیاورد ولی آیات قبلی خوب است.

عقد اخص از معنای اول عهد است زیرا عهد به معنای وصیت ممکن است عقد نباشد، اما به‌لحاظ معنای دوم هر عهد به معنای میثاقی عقد است در نتیجه طبق این معنا عهد اعم از عقد نیست. اینکه در مجمع البیان فرموده: «عهد اعم از عقد است» صحیح نیست زیرا «رب عقد لیس میثاق مثل عقد البیع و کل میثاق عقد» یعنی عهد به معنای میثاق عقد است ولی عقد می تواند متضمن میثاقی وعهدی نباشد.

# وجوب وفای عهد در کتاب فقه العقود و تطبیق بر عقد استصناع

سپس می فرمایند: به نظر ما عقدی که متضمن میثاق است که از آن تعبیر به عهد می‌‌کنند، واجب الوفاء است، ﴿وَ أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾[[23]](#footnote-24) یعنی «اوفوا بمیثاقکم» و در اینجا عقد به معنای میثاق، عهد است و واجب الوفاء است. وفای به وعد هم در صورتی که این وعد تعهد باشد و نه صرف اخبار، واجب الوفاء‌ است. این‌که معروف شده وفای به وعد واجب نیست، درست نیست.در روایات بیان شده وفای به وعد به آن معنا که شخص ملتزم بشود و با طرف مقابل میثاق ببندد واجب الوفا است مثلا بگوید: »من متعهدم تا درس بخوانی خرج تو را بدهم» در اینجا باید وفا کند.

این محصل نظر ایشان در فقه العقود است البته ایشان راجع به عقد استصناع بحث نکردند و لکن نتیجه‌اش این است که اگر عقد استصناع متضمن میثاق و تعاهد است، واجب الوفاء است.

# اشکال به وجوب وفای عهد

وجوب وفاء دو نوع است. یک نوع، وجوب وفایی است که برای متعهدله حق می‌‌آورد و می‌‌تواند شکایت بکند. نوع دیگر، وجوب وفایی است که متعهدله نمی‌تواند شکایت کند. نتیجۀ کلام فقه العقود این است که اگر صانع و مستصنع میثاق و عهدی بین‌شان هست، در اینجا عقد به معنای میثاق است در نتیجه هم ﴿اوفوا بالعقود﴾ شامل آن می شود و هم ﴿وَ أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾[[24]](#footnote-25). ‌آقای سیستانی نیز احتیاط واجب می‌کنند.

بحث در این است که گفته می‌‌شود عقد استصناع که ماهیتی اعتباری مانند ماهیت زوجیت و ملکیت نیست بلکه صرف التزام متقابل است. طبق معنای فقه العقود هر التزامی ولو متقابل نباشد باید وفا شود مثلا شما ملتزم بشوید که کسی را هر هفته به مهمانی دعوت کنید و او هم در مقابل ملتزم بشود که شما را هر هفته دعوت کند که این التزام مشروط و مشدد می شود، آیا این، واجب الوفاء است؟ و آیا این عقد مصطلح است که بر اساس آن طرف مقابل حق عقلایی پیدا کند و صرف تکلیف الهی نباشد و بتواند بر اساس آن تنظیم شکایت کند؟

و الحمد لله رب العالمین.

1. كلمات سديدة في مسائل جديدة 227. [↑](#footnote-ref-2)
2. كلمات سديدة في مسائل جديدة 226‌. [↑](#footnote-ref-3)
3. قراءات فقهية معاصرة ‌2: 253‌. [↑](#footnote-ref-4)
4. قراءات فقهية معاصرة ‌2: 261‌. [↑](#footnote-ref-5)
5. كلمات سديدة في مسائل جديدة 205‌. [↑](#footnote-ref-6)
6. المصباح المنیر 2: 421. [↑](#footnote-ref-7)
7. مفردات ألفاظ القرآن 576‌. [↑](#footnote-ref-8)
8. طه: 27. [↑](#footnote-ref-9)
9. البقرة: 237. [↑](#footnote-ref-10)
10. كلمات سديدة في مسائل جديدة 207‌. [↑](#footnote-ref-11)
11. الاسراء: 34. [↑](#footnote-ref-12)
12. فقه العقود ‌1: 183‌. [↑](#footnote-ref-13)
13. منية الطالب في حاشية المكاسب ‌1: 33‌. [↑](#footnote-ref-14)
14. حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط - الحديثة) ‌4: 204‌. [↑](#footnote-ref-15)
15. فقه العقود ‌1: 184‌. [↑](#footnote-ref-16)
16. البقرة: 124. [↑](#footnote-ref-17)
17. التوبة: 75. [↑](#footnote-ref-18)
18. البقرة: 40. [↑](#footnote-ref-19)
19. الفتح: 10. [↑](#footnote-ref-20)
20. النحل: 91. [↑](#footnote-ref-21)
21. البقرة: 177. [↑](#footnote-ref-22)
22. الرعد: 20. [↑](#footnote-ref-23)
23. الاسراء: 34. [↑](#footnote-ref-24)
24. الاسراء: 34. [↑](#footnote-ref-25)