فهرست مطالب

[بررسی عقد مستقل بودن عقد استصناع 1](#_Toc180834105)

[بررسی اشکال کتاب قراءات فقهیه معاصره 1](#_Toc180834106)

[بررسی شبهه الزام به خرید و فروش در عقد استصناع 3](#_Toc180834107)

[بیان چند فرع بر اساس عقد مستقل بودن عقد استصناع 4](#_Toc180834108)

[فرع اول: عمل نکردن صانع به قرارداد 4](#_Toc180834109)

[فرع دوم: عمل نکردن سفارش دهنده به قرارداد 5](#_Toc180834110)

[استناد به لا ضرر برای جبرن خسارت در فرع اول و دوم 5](#_Toc180834111)

[تمسک به «اوفوا بالعقود» 7](#_Toc180834112)



# بررسی عقد مستقل بودن عقد استصناع

بحث در مورد عقد استصناع به اینجا رسید که اگر صانع التزام به ساخت کالایی و عرضۀ آن برای فروش به سفارش دهنده بدهد و مستصنع که سفار‌ش‌دهنده است ملتزم به خرید آن بشود، این کار، بیع نبوده و اجاره نیز نیست. اگر این کار، صرفا تواعد باشد حق‌آور نیست، و اگر هم کسی وفای به وعد را واجب بداند اما این مطلب حکم الله است و وعده دادن به کسی برای او حق شکایت به وجود نخواهد آورد.

## بررسی اشکال کتاب قراءات فقهیه معاصره

در کتاب قراءات فقهیه معاصره اشکال کردند که عقد باید انشای یک ماهیت مثل ماهیت زوجیت، ماهیت ملکیت و مانند آن باشد[[1]](#footnote-2).

 به نظر ما این اشکال صحیح نیست. هر قراردادی که متضمن انشای حق ( اعم از حق ملکیت، حق زوجیت یا حق دیگر) برای طرف مقابل بشود، عرفا قرارداد هست و «اوفوا بالعقود» شامل آن می‌‌شود. مثلا اگر دو کشور با هم قرارداد ببندند که هر کس هجوم به یکی از این دو کشور کند، کشور دیگر متعهد است که با کشور مورد هجوم همراهی کرده و از آن دفاع کند، عرف آن را قرارداد می‌داند.

اینکه نقض شود به مثال دو رفیق که ملتزم می‌شوند که هر هفته یکی از آن ها مهمانی بدهد صحیح نیست زیرا در این مثال در ارتکاز مردم انشای حق برای طرف مقابل نمی‌شود و ‌یک نوع تواعد است. واقعا اگر دو شرکت با هم قرارداد ببندند که هر وقت یکی از این دو شرکت نیاز داشت شرکت دیگر به او قرض بدهد و امکاناتش را در اختیار او بگذارد، عرف این را قرار داد می‌داند و «اوفوا بالعقود» شامل آن می شود. اینطور نیست که حکم الله باشد زیرا در ارتکاز عقلاء یک حقی برای طرف مقابل انشاء شد، و حق الناس است و دلیلی بر منع شمول «اوفوا بالعقود» بر این قرارداد وجود ندارد.

در مواردی که مثلا شرکتی نیاز به صد یخچال دارد و با کارخانه یخچال‌سازی قرار داد می بندد که در مدت مقرر برای او تولید کند این قرارداد اعطای حق به طرف مقابل می کند. از نظر عقلا پذیرفتنی نیست که یخچال ها در مدت مقرر تولید نشوند و یا تولید شده و به سفارش دهنده فروخته نشود، و یا اگر سفارش دهنده از آن ها نخرد طرف مقابل حق شکایت دارد. بنابراین انحصار «اوفوا بالعقود» به انشای یک ماهیتی مثل زوجیت، ‌ملکیت و مانند آن وجهی ندارد.

قبلا مثال زدیم اگر زن و شوهر در عقد موقت تصالح کنند بر این‌که شوهر مدت را ببخشد و این زن با زید ازدواج نکند یا به عکس، با او ازدواج کند، آقای خویی آن را واجب الوفا می دانند[[2]](#footnote-3). «الصلح جائز» هم شامل آن می شود زیرا یک قرارداد و عقد است نه اینکه عقد نبوده و الصلح جائز آن را شامل ‌‌شود. اینکه اگر بگویند تصالحنا، واجب الوفاء‌ باشد اما اگر صرفا با هم توافق کنند که شوهر مدت را ببخشد و زن هم با زید ازدواج نکند، واجب الوفاء نباشد و اگر با زید ازدواج کند صرفا خلف وعده کرده باشد، عرفی نیست. این مورد با وعده ای که مثلا دختری به پسری می‌دهد که اگر به خواستگاری من بیایی با تو ازدواج می‌کنم، متفاوت است در این جا اگر پشیمان شوند حق شکایت برای خواستگار قائل نیستند.

لذا به نظر ما بیان کلمات سدیده بیان خوبی است[[3]](#footnote-4). البته مناسب بود ایشان فرق بین عقد و وعد را بیان کنند. التزام طرفینی مقوم عقد نیست بلکه مقوم عقد، اعطای حق و اعتبار حق است. جایی عقد است که در ارتکاز عقلاء حقی برای طرف مقابل انشا بشود و عقلاء این حق را بپذیرند و لذا به نظر ما عقد استصناع می‌‌تواند عقد باشد.

البته باید به این نکته توجه شود که عقد استصناع نباید غرری باشد. اگر غرر به معنی جهلی که همراه با خطر است باشد اینکه در معامله گفته شود «به نرخ روز خریده می شود»، برای خروج از غرر کافی است زیرا در اینجا هیچ خطری نیست. اما اگر غرر به معنی مطلق جهل باشد، سبب بطلان بیع است -نه به دلیل «نهی النبی عن بیع الغرر» بلکه به دلیل اجماع- اما دلیلی نداریم بر اینکه مبطل این نوع تعهدها هم باشد.

## بررسی شبهه الزام به خرید و فروش در عقد استصناع

شبهه‌ای که در اینجا مطرح می شود این است که وقتی در عقد استصناع، صانع کالا را تهیه کرد، او ملزم به فروش و مشتری ملزم به خرید است در حالی که مفاد برخی روایات این است که اگر با شخصی مقاوله کردید، بعد از تهیه کالا باید بایع و مشتری آزاد باشند «ان شاء باع و ان شاء لم یبع، ان شئت اشتریت و ان شئت لم تشتر»[[4]](#footnote-5).

و لکن انصاف این است که به قرینه «إِنَّمَا يَشْتَرِيهِ مِنْهُ بَعْدَ مَا يَمْلِكُه‏»[[5]](#footnote-6) که در این روایات وجود دارد مصب این روایت این است که در مبیع شخصی اول باید مالک شوید و بعد آن را بفروشید. در آن زمان رایج بوده که گاهی افراد کالایی مثلا لباسی را می خواستند اما چون پول نداشتند مغازه دار به آن ها نمی فروخت به همین دلیل به سراغ شخص دیگری می رفتند و می‌گفتند که آن لباس را نسیه به من بفروش و او هم می فروخت و بعد از فروختن می رفت و کالا را از مغازه دار به صورت نقد می خرید و تحویل متقاضی می داد. در اینجا اگر بیع اول، کلی فی الذمه باشد و حالّ هم باشد که بیع سلم نشود، اشکالی ندارد مثل اینکه از مغازه داری یک یخچال به نحو نسیه می خرد و الان هم بخواهد مغازه دار باید به او تحویل دهد، مغازه دار با توافقی که با همکارش دارد از او نقدا یخچال را خریده و به متقاضی تحویل می‌دهد. در اینجا به تصریح روایات، بیع اشکالی ندارد. زیرا در بیع کلی فی الذمه شرط نیست که اول بایع مالک باشد لذا اگر مالک نبوده و بعدا تهیه کند قطعا بیع اشکالی ندارد. اما اشکال در مبیع شخصی است که اگر امروزه رایج نباشد از قرائنی در روایات فهمیده می شود که بیع قبل التملک و شراء از شخصی قبل از این‌که آن شخص مالک آن مبیع باشد در آن زمان مطرح بوده لذا روایات از این منع کرده است و این مطلب ربطی به مانحن‌فیه ندارد.

اینکه در اجاره به شرط تملیک، در ضمن یک عقد لازم، شرط شود که مالک، خانه را به مستاجر اجاره می دهد به شرط اینکه در پایان سال، خانه را از او بخرد، و مستاجر هم بگوید: «به شرط اینکه به من بفروشی» که شرط فعل است، هیچ فقیهی ملتزم به بطلان آن نشده با این‌که شرط الزام‌آور است.

و لذا به نظر ما اینکه عقد استصناع متضمن تعهد طرفینی باشد به این نحو که صانع متعهد است که یخچال را بسازد و برای فروش عرضه کند و سفارش دهنده هم متعهد است که از او بخرد، واجب الوفا است. اما در این فرض -به خلاف بیع سلم- سفارش دهنده، مالک یخچال در ذمه صانع نیست. ظاهرا در بازار همین قسم است و در بسیاری از مواقع به نرخ روز عقد واقع می‌شود، مثلا در شرکت‌های ماشین سازی به نرخ روز می‌فروشند. به نظر ما این بیع نیست ولی مشکلی ندارد و یک تعهد طرفینی است.

## بیان چند فرع بر اساس عقد مستقل بودن عقد استصناع

در این فرض فروعی مطرح می شود:

## فرع اول: عمل نکردن صانع به قرارداد

اگر صانع به قرارداد عمل نکرد و مثلا یخچال را تولید کرد ولی حاضر نیست که آن را به سفارش دهنده بفروشد، در اینجا حاکم شرع می‌‌تواند او را اجبار به فروش کند و اگر باز هم نفروخت «الحاکم ولی الممتنع». برخی تشکیک ها در مورد «حاکم ولی الممتنع»، خلاف ارتکاز عقلاء است و حکومت و دستگاه قضایی برای همین موارد است. وقتی سفارش دهنده حق دارد که صانع این صد یخچال را طبق قرارداد به او بفروشد ولی صانع حاضر نیست بفروشد و امکان اجبار نیز فراهم نیست مثلا فرار کرده است، در اینجا حاکم شرع متصدی فروش صد یخچال از اموال صانع به سفارش دهنده می‌‌شود و این ‌سیره عقلاییه است و ردعی هم از آن نشده است بلکه اجماع فقها بر همین است که «الحاکم ولی الممتنع». در نتیجه این‌که گفته شود که «الحاکم ولی الممتنع» دلیل ندارد، مطلب صحیحی نیست.

اما اگر صد یخچال را اصلا نساخته است و نمی توان الزام بر ساخت هم کرد و ممکن است که در این زمان برای سفارش دهنده دیگر مفید هم نباشد مثلا سفارش ساخت شیرینی برای عروسی داده و بیعانه هم داده است و صانع آماده نکرده است، در اینجا آیا صرفا سفارش دهنده بیعانه ای که داده را پس می‌‌گیرد یا اگر شیرینی گران شده و او هم مثلا چند ماه قبل پول را پرداخت کرده و الان شیرینی دو برابر شده، آیا در اینجا سفارش‌دهنده حق گرفتن خسارت دارد به این عنوان که صانع به او ضرر زده است؟ در اینجا ارتکاز عقلا این است که سفارش دهنده می تواند از صانع خسارت بگیرد زیرا ضرر از طرف سفارش‌گیرنده متوجه به سفارش‌دهنده شده است. مستند آن، ارتکاز عقلاء است که برای سفارش دهنده حق می بینند.

در اینجا خسارت را سفارش گیرنده باید جبران کند و اینکه گفته شود از بیت المال باید جبران شود عقلایی نیست.

## فرع دوم: عمل نکردن سفارش دهنده به قرارداد

 اگر سفارش‌دهنده حاضر به خرید کالا نشود مثلا سفارش شیرینی داده ولی بعدا پشیمان شده و شیرینی ها را نمی‌خرد، اگر می‌تواند سفارش دهنده را اجبار به خرید کند باید برود شکایت کند تا شیرینی ها را به سفارش دهنده فروخته و پول را از حساب او کم کنند. اما اگر ‌شیرینی‌ها روی دستش مانده و نمی‌تواند او را مجبور کند که شیرینی ها را بخرد در اینجا به مقداری که به صانع خسارت وارد می‌‌شود، سفارش دهنده ضامن است و باید جبران کند. بله اگر از صانع کالا را می‌‌خرند و هیچ خسارتی نمی‌بیند چیزی به عهده سفارش دهنده نیست. اما اگر چون مشتری ندارد مجبور است که ارزان بدهد به همان مقداری که خسارت دیده مستصنع باید خسارت او را جبران کند.

## استناد به لا ضرر برای جبرن خسارت در فرع اول و دوم

اگر کسی در اینجا بخواهد به دلیل شرعی «لاضرر» تمسک کند ممکن است که مورد مناقشه واقع شود به اینکه «لاضرر»، تحریم اضرار به غیر می‌کند نه نفی حکم ضرری یا اشکال شود که اینجا تدارک ضرر از لاضرر استفاده نمی‌شود که آقای خوئی نیز این مطلب را فرمودند. البته ما در بحث لاضرر در مورد آن به تفصیل بحث کرده‌ایم.

به طور خلاصه می‌گوییم که بحث مفصلی وجود دارد که آیا لا ضرر جبران ضرر را شامل می شود یا نه؟ به نظر ما شامل جبران ضرر می شود زیرا در بحث لا ضرر بیان شد که شخصی که سبب ضرر است اگر ملزم باشد که ضرر را تدارک کند، عرفا ضرر بر شخص مقابل صدق نمی‌کند. در ما نحن فیه نیز اگر سفارش‌دهندۀ شیرینی ملزم باشد که خسارت صانع را بدهد، صانع عرفا ضرر نکرده است. مثلا اگر شخصی بدون اجازه کسی شیرینی او را بردارد و بخورد اما پولش را پرداخت کند در اینجا به مالک شیرینی ضرر عینی زده زیرا بدون اجازه او در عین مالش تصرف کرده است اما ضرر مالی نزده است زیرا پول شیرینی را پرداخت کرده است و تازه اگر پول بیشتری هم داده باشد سود هم کرده است و این متفاوت است با صورتی که شیرینی او را بخورد و پولی هم برای او نگذارد و در همین صورت اگر دوست او پول شیرینی ها را پرداخت کند گفته می شود که ضرر کرد اما دوستش ضرر او را جبران کرد. پس اگر شارع حکم به ضمان کسی کند که عرفا سبب ضرر است به قول مطلق می‌‌گوید «لا ضرر» نفی ضرر می کند و لازمه نفی ضرر این است که شخص مقابل ضامن باشد و شیرینی فروش ضرر مالی نبیند بله ضرر عینی دیده که قابل جبران نیست.

بنابراین به نظر ما تدارک ضرر اگر بر غیر ضررزننده لازم باشد، رافع صدق ضرر نیست، مثل اینکه پدر خودش پول شیرینی ها را بدهد تا ناراحت نباشد ولی اگر بر خود ضررزننده جبران ضرر لازم باشد عرف دیگر ضرر را صادق نمی‌داند.

با لاضرر اثبات ضمان هم می‌‌شود، و اینکه گفته می شود که لاضرر تنها نفی حکم می‌‌کند و اثبات حکم نمی‌کند صحیح نیست. لاضرر موقف ضرری را از شارع نفی می‌‌کند، چه موقف ایجابی باشد و حکمی ضرری باشد و چه موقف سلبی باشد و از عدم حکم، ضرر لازم بیاید مثل این‌که شارعِ مقنن که همۀ قوانین را او وضع می‌‌کند، برای اتلاف مال غیر و مثلا خوردن میوه از باغ مردم، حرمت وضع نکرده باشد. تا زمانی که این حرمت قانون نشود مردم خود را آزاد می بینند لذا مثلا میوه های باغ باغدار را می خورند. در اینجا مقننی که از اضرار به دیگران منع نکرده باعث شده که باغدار ضرر ببیند. اینکه مقنن منع نکرده یک موقف سلبی است. ‌موقف سلبی یعنی از اضرار به دیگران منع نمی‌کند نه این که این عدم منع از روی اهمال باشد و بگوید: «من که نباید همه قوانین را وضع کنم» بلکه عن موقفٍ است یعنی می‌‌گوید از خوردن میوه های باغ دیگران هیچ منعی ندارید. اگر این موقف را داشته باشد نمی تواند بگوید که در قانون ما ضرر نیست. و لذا این‌که می‌‌گویند لاضرر احکام عدمیه را نمی‌گیرد صحیح نیست. آقای نائینی و آقای خویی هم می فرمایند که احکام عدمیه را می گیرد. البته آقای خویی می فرمایند که مصداق ندارد، که ما در پاسخ ‌می گوییم خود عدم تحریم اضرار به غیر مصداق موقف ضرری است.

لاضرر، ضرر را نفی می‌‌کند به نفی منشأ آن. لاضرر می‌‌گوید در خارج ضرر ناشی از موقف شارع نداریم ‌چه موقف سلبی منشأ ضرر باشد چه موقف ایجابی و این متفاوت با مثل «رفع ما اضطروا الیه» است که در آن رفع قلم کتابت در عالم عهده و ذمه است و می گویند نسبت به فعل حرامی که مورد اضطرار است، مسئولیت ندارید اما ظهور در این ندارد که آثار ترک آن فعل حرام را بر شما بار کنند.

و لذا به نظر ما می توان برای اثبات ضمان شخصی که زیان زده به لا ضرر تمسک کرد چون اگر تدارک کند دیگر عرفا ضرر متوجه صانع نیست ولی نیازی به لاضرر نیست، و بناء و ارتکاز عقلاء کافی است.

توجه شود که مقام با جایی که مثلا در مقابل یک نانوایی، یک نانوایی جدید تاسیس شود فرق دارد در دومی، عدم النفع است که کار نانوایی اول کساد می شود و این قانون، قانون عرضه و تقاضا و به قول عرب‌ها «العرض و الطلب» است که این عقلایی است و بازار آزاد بر همین محور می‌‌چرخد. در اینجا قراردادی هم بسته نشده است. اما در مقام، بحث تخلف از قرارداد است، تخلف از قرارداد حق‌آور است و می تواند شکایت و طلب خسارت کند.

در نتیجه به نظر ما عقد استصناع اگر متضمن التزام به صنع و بیع در مقابل التزام به شراء باشد می‌‌تواند واجب الوفاء باشد، و «اوفوا بالعقود» آن را می‌‌گیرد.

## تمسک به «اوفوا بالعقود»

ممکن است اشکال شود که ما «اوفوا بالعقود» را دلیل بر صحت نمی دانیم و «اوفوا بالعقود» مثل «اوفوا بالعهد» و «اوفوا بالوعد» می‌‌ماند که اگر در چهارچوب احکام خداوند وعده‌ای داده شود باید وفا شود. در اینجا نیز اگر در چهارچوب احکام خداوند قراردادی بسته شود باید وفا شود. در دلیل منفصل هم که فرموده: «المؤمنون عند شروطهم الا ما احل حراما او حرم حلالا» و در اینجا شرط هم خصوصیت ندارد و عقد نیز به همین صورت است. پس هیچ عقدی مشرِّع نیست و باید مشروع بودن محتوای عقد را از خارج بدانیم.

پاسخ اینکه این مطلب را ما قائل هستیم اما ارتباطی با بحث ما ندارد. زیرا مشروعیت این التزام‌ها مسلم است. اینکه کسی ملتزم شود که صد یخچال بسازد و آن ها را ملتزم باشد که بفروشد خلاف شرع نیست و اگر کسی هم ملتزم شود که این کالا را بخرد باز هم خلاف شرع نیست. محتوای این عقد، التزام به فعل است و التزام به این فعل، خلاف شرع نیست. «اوفوا بالعقود» می‌‌گوید این التزام‌ها واجب الوفاء است و حق‌آور است که اگر طرف مقابل وفا نکند و خسارتی وارد کند، ضامن است.

تا اینجا بحث در فرضی بود که عقد استصناع یک عقد مستقل باشد. بحث بعدی فرضی است که تملیک و تملک در آن باشد که بیع سلم یا اجاره می‌‌شود که ان شاء الله در جلسات آینده بحث می شود.

و الحمد لله رب العالمین.

1. قراءات فقهية معاصرة ‌2: 253‌. [↑](#footnote-ref-2)
2. .منهاج الصالحين (للخوئي) ‌2: 273. [↑](#footnote-ref-3)
3. كلمات سديدة في مسائل جديدة 227. [↑](#footnote-ref-4)
4. [وسائل الشیعة 18: 42](https://lib.eshia.ir/11025/18/42) [↑](#footnote-ref-5)
5. [وسائل الشیعة 18: 51](https://lib.eshia.ir/11025/18/51) [↑](#footnote-ref-6)