

# صحت یا فساد عقد استصناع

دیدگاه فقهای امامیه، مذاهب اربعه و حقوق ایران

محمدنقی نظرپور\*  
مرتضی محمدی\*\*

تاریخ تأیید: ۹۰/۳/۱۱

تاریخ دریافت: ۸۹/۹/۲۹

## چکیده

قرارداد استصناع یا سفارش ساخت از قراردادهایی است که امروزه به دلیل کاربرد وسیع این عقد در بسیاری از جوامع در عرصه نیازهای شخصی و اجتماعی به صورتی گسترده رواج دارد. امروزه بسیاری از شرکت‌ها، نهادها و مؤسسات، کالاهایی را تقاضا می‌کنند که نه تنها هم‌اکنون موجود نیست؛ بلکه از ابتدا تا انتها باید اجزای آن با ویژگی‌های مورد نظر، طراحی و ساخته شود. در این موارد شرکت سازنده، اگر سفارش ساخت نداشته باشد، تن به ساخت این کالا نمی‌دهد. از آن‌جا که در ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، عقد استصناع به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا اضافه گردید، بررسی مبانی صحت این عقد از اهمیت به‌سزایی برخوردار است. در این تحقیق به دنبال پاسخ به این سؤالات هستیم که آیا عقد استصناع نزد متقدمین از فقهای امامیه و مذاهب اربعه اهل سنت از مشروعیت برخوردار است؟ آیا وحدت نظری در این زمینه وجود دارد؟ جایگاه عقد استصناع در حقوق ایران چگونه است؟ نتایج به‌دست آمده، حکایت از صحت عقد استصناع دارد و دلایل عدم صحت عقد استصناع توسط شیخ طوسی قابل مناقشه است. گرچه دلایل ارائه‌شده برای صحت عقد استصناع، توسط عالمان حنفی نیز قابل پذیرش نیست. ولی در عین حال، اصول و ضوابط فقهی بر صحت این عقد دلالت دارد.

**واژگان کلیدی:** عقد استصناع، قرارداد پیمان، صحت فقهی، دیدگاه متقدمین امامیه و مذاهب اربعه، حقوق ایران.

\* استادیار گروه اقتصاد دانشگاه مفید (nazarpur@mofidu.ac.ir).

\*\* استادیار گروه حقوق دانشگاه مفید (m\_mohammadi@mofidu.ac.ir).

## مقدمه

قرارداد استصناع یا سفارش ساخت از قراردادهایی است که گرچه در گذشته دور به صورت محدود مورد استفاده قرار می‌گرفت ولی امروزه به صورت وسیعی کاربرد دارد. مثال ساده آن این است که فردی برای ساخت خانه‌اش با پیمانکار وارد مذاکره می‌شود و احیاناً مبالغی را به صورت نقد یا به صورت چک مدت‌دار در ابتدا به او می‌دهد تا ساخت خانه را آغاز کند. سپس به تناسب پیشرفت کار یا مستقل از آن، بخش دیگری از مبالغ را به او پرداخت می‌کند و باقی‌مانده را پس از اتمام کار و اطمینان از اتقان آن به پیمانکار می‌دهد و بدین ترتیب عقد استصناع به پایان می‌رسد. از آنجا که نیاز، مادر اختراع است؛ این عقد از ابتدا به جهت نیاز طبیعی مردم به آن به وجود آمد. زیرا نیازها و تمایلات همه مردم در کیفیت کالای مورد نظر یکسان نیست. مثلاً کفشی که یک فرد با پای درشت، بدان نیاز دارد با کفش مورد نیاز یک انسان با پای متوسط متفاوت است و کفاش نیز برای تسهیل در فروش، بیشتر اندازه متوسط را تولید می‌کند. همچنین انگشتر، لباس، خانه، مغازه و کارگاه خاصی که افراد به جهت تفاوت در اندازه، سلیقه و موقعیت و شرایط تقاضا می‌کنند، نسبت به دیگران متفاوت است. برای برطرف کردن این نیازها، گاهی متقاضی مواد اولیه را در اختیار سازنده و تولیدکننده قرار می‌دهد تا آن کالا تولید شود. این قراردادی است که با عنوان عقد اجاره منعقد می‌شود. ولی در بسیاری از موارد، مواد را خود سازنده در اختیار دارد و یا چون با شناختی که نسبت به جنس مواد اولیه و مرغوبیت و نحوه کار با آن دارد؛ طرفین تمایل دارند، مواد اولیه را خود او تهیه نمایند. در این صورت سازنده با مواد اولیه خود، کار را آغاز می‌کند و در پایان کار، یک‌باره مبلغ را دریافت می‌دارد یا اینکه در ابتدا بخشی را به عنوان بیعانه و بخشی را در حین انجام کار به تناسب پیشرفت کار و بخشی را در پایان پس از اتقان و اطمینان از انجام کار دریافت می‌کند و یا اینکه اساساً با توافق یکدیگر پس از ساخت کالا، در اقساط یکسان و یا غیر یکسان، قیمت کالا به سازنده پرداخت می‌شود.

البته آشکار است که عقد استصناع مصداقی از قرارداد پیمانکاری است. زیرا

هنگامی که پیمانکار مواد و مصالح مورد نیاز را خود تهیه می‌کند و با کار خود، کالای مورد نظر را ساخته و تحویل می‌دهد؛ عقد استصناع محقق می‌شود. ولی اگر تنها کار ساخت را انجام دهد و مواد و مصالح به او داده شود؛ عقد اجاره اشخاص شکل می‌گیرد و در قالب ماده ۵۱۴ قانون مدنی می‌گنجد.

هر چند عقد استصناع و تا حدودی قرارداد پیمانکاری در ادبیات حقوقی ما شناخته شده نیست و تا قبل از سال ۱۳۸۹ قانون خاصی در خصوص قراردادهای پیمانکاری نداشتیم، اما در مرداد ماه ۱۳۸۹ لایحه پیش‌فروش ساختمان که در واقع قرارداد پیمانکاری است به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که لازم است در خصوص عنوان یادشده، تحلیل درستی ارائه نمود.

به دلیل کاربرد وسیع این عقد در بسیاری از جوامع، در عرصه نیازهای شخصی و اجتماعی، از سفارش ساخت کفش گرفته تا نقش و نگار بر روی سنگ‌های زینتی و ساخت ظروف و درب و پنجره خانه‌ها و ساختن خانه‌های مسکونی برای افراد و برج‌های مسکونی و اداری و تأمین مالی شرکت‌ها و مؤسسات بزرگ اقتصادی در سطح مبادلات داخلی و بین‌المللی و غیره، به صورتی گسترده رواج دارد. اگر در موارد نیازهای شخصی، مواد اولیه یا کالای مورد نظر به صورتی در بازار موجود بود ولی این کالا دقیقاً مطابق با نیازها و سلیقه‌ها و ذائقه‌های همه افراد نبود، امروزه کالاهایی تقاضا می‌شود که نه تنها هم اکنون موجود نیست؛ بلکه از ابتدا تا انتها باید اجزای آن با ویژگی‌های مورد نظر طراحی و ساخته شود.

نکته قابل توجه این است که این عقد، عقدی نیست که در زمان‌های اخیر رایج شده باشد؛ بلکه در گذشته‌های دور به کار گرفته می‌شد. سفارش ساخت کفش، چکمه و یا ظروف رویی و مسی و مواردی دیگر، همواره در قراردادهای منعقد، مشاهده می‌شد. پس نمی‌توان گفت؛ این عقد نظیر عقد بیمه، عقدی جدید (مستحدث) است.

امروزه بسیاری از پروژه‌ها و طرح‌های کلان کشورها نظیر خطوط انتقال نفت و گاز، کارخانه‌های عظیم پتروشیمی، ذوب‌آهن و سدسازی و مجتمع‌ها و برج‌های مسکونی و تجاری و اداری، شهرک‌های کوچک و بزرگ و خطوط تولید اتومبیل، قطار، هواپیما و کشتی و سایر مجموعه‌های صنعتی را در چارچوب این قرارداد، احداث

می‌شود. در عرصه بین‌المللی این قرارداد به Construction Contracts (قرارداد ساخت) شهرت دارد. گرچه بسیاری از قراردادهای بین‌المللی که در چهارچوب B.O.T اجرا می‌شود قابل انطباق بر قرارداد استصناع می‌باشد. علی‌رغم کاربرد وسیع این قرارداد، قانون خاصی که به‌طور ویژه به این قرارداد بپردازد، وجود ندارد. هرچند، قراردادهای بسیاری در جامعه تحت‌عنوان قرارداد پیمان، منعقد می‌شود و می‌توان با استفاده از ماده ۱۰ قانون مدنی مشروعیت آن را توجیه کرد؛ زیرا مطابق ماده یادشده: «قراردادهای خصوصی بین کسانی که آن را منعقد نموده‌اند؛ در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است» و قانونی هم که در سال ۸۹ به تصویب رسید، تحت‌عنوان قانون پیش‌فروش ساختمان بوده است نه قرارداد پیمان یا عقد استصناع.

هدف و ضرورت انجام این تحقیق؛ اولاً، تبیین بیان صحت و یا فساد عقدی است که به صورت نسبتاً گسترده مورد استفاده قرار می‌گیرد. ثانیاً، با نگاهی به عقود بانکی در قانون عملیات بانکی بدون ربا درمی‌یابیم که بسیاری از نیازهای واقعی مردم برای اخذ تسهیلات از بانک مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته، به همین جهت کارگزاران بانکی با صورت ظاهری عقود موجود در قانون به تأمین نیازهای گوناگون مردم می‌پردازند و این خود سبب می‌شود، روح و ضوابط حاکم بر عقود به فراموشی سپرده شود و به صورت ظاهری عقود اجرا شود؛ در حالی که می‌توان با عقد استصناع برخی از نیازهای واقعی متقاضیان تسهیلات را برآورده نمود.

حال سؤال این است که آیا این عقد در کتب فقهی امامیه و اهل سنت مطرح شده است؟ و آیا بابتی از ابواب فقهی را به خود اختصاص داده است؟ آیا آثار صحت بر این عقد بار نموده‌اند؟ یا آن را فاسد دانسته‌اند؟ دیدگاه متقدمین و مذاهب اربعه در این زمینه چیست؟ روش تحقیق در این مقاله روش توصیفی و تحلیل محتوی و به‌کارگیری شیوه‌متعارف اجتهادی حوزه‌های علمیه است. در این چهارچوب ضمن بیان دیدگاه‌ها، دیدگاه منتخب تبیین می‌گردد. در این تحقیق، ابتدا به تعریف معنای لغوی و اصطلاحی و سپس ارکان عقد استصناع و پس از آن دیدگاه متقدمین از فقهای امامیه و مذاهب اربعه و دیدگاه حقوقی در عقد استصناع و نقد و بررسی ادله آنان و سرانجام به مبانی صحت عقد استصناع و جمع‌بندی و نتیجه‌گیری پرداخته می‌شود.

## ۱. مفهوم شناسی

### ۱-۱. معنای لغوی استصناع

استصناع در لغت از ماده صنع و از باب استفعال مصدر فعل «استصنع» به معنای طلب احداث یا انجام کاری است. در لسان‌العرب (ابن منظور، [بی‌تا]، ص ۲۹۱) بیان شده است: استصنع الشيء، ای دعا الی صنعه و اصله صنع یصنع صنعا فهو مصنوع و صنیع، «شیئی را به استصناع داد یعنی سفارش ساخت آن را داد» و همچنین در المعجم الوسیط (مجمع اللغة العربیة، ۱۴۲۶، ص ۵۲۵) آمده است: استصنع فلاناً کذا: طلب منه ان یصنعه له، «به فلانی برای ساخت کالایی استصناع داد، یعنی از او درخواست کرد که آن کالا را برای او بسازد». بنابراین اگر کسی از نجار بخواهد نردبانی برای او بسازد، از نظر لغوی این استصناع است؛ تفاوتی نمی‌کند که چوب را سفارش دهنده تهیه کند و به نجار بدهد و یا اینکه نجار خود آن را تهیه نموده و سپس نردبان را بسازد. همچنین فرقی نمی‌کند، سازنده قصد تبرع داشته باشد یا اینکه به قصد دریافت وجه معینی نردبان را بسازد.

### ۱-۲. معنای اصطلاحی استصناع

استصناع عقدی است، بین دو شخص اعم از حقیقی و حقوقی، مبنی بر تولید کالایی خاص یا اجرای پروژه یا طرحی با ویژگی‌های مشخص در آینده که سفارش‌گیرنده (پیمانکار) در ازای گرفتن مبالغ آن در زمان‌های توافق‌شده، متعهد می‌شود، مواد اولیه و کالاهای مورد نیاز برای اجرای پروژه را مستقیماً خود تهیه و در زمان مشخص، کالا یا پروژه مورد نظر را به سفارش‌دهنده تحویل دهد.

نکات زیر در تعریف استصناع قابل توجه است:

۱. استصناع از آن‌جا که قرارداد (عقد) است، لازم است دو طرف داشته باشد که شرایط عمومی قراردادها (نظیر: اهلیت و ... مطابق مواد ۲۱۰ الی ۲۱۳ قانون مدنی) را

دارا بوده و با توجه به اینکه مطابق حقوق ما، اصل در عقود، رضایی بودن آن است (نه تشریفاتی) (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۸۸) یا به عبارتی قصدی است و صرفاً قصد انشاء سازنده عقد است (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۸۴)، علی‌القاعده این قرارداد نیز باید مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی با هر چیزی که دلالت بر قصد این قرارداد نماید؛ محقق شود. مگر اینکه قانون خلاف آن را مقرر نماید؛ همان‌طور که «مقررات شرایط عمومی پیمان» و «قانون پیش‌فروش ساختمان» تنظیم سند رسمی را الزامی می‌داند؛ طرفین قرارداد می‌توانند، افراد حقیقی یا نمایندگانی از نهادها، مؤسسات، شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی و غیراقتصادی باشند.

۲. کالا یا طرح در زمان انعقاد قرارداد معدوم است و مقصود از قرارداد، ساخت و ایجاد آن است.

۳. استصناع در مورد کالاهایی جریان می‌یابد که ساخته می‌شود و در کالاهای طبیعی نظیر میوه‌ها و سبزیجات و حبوبات جریان نمی‌یابد. فروش این کالاها در قالب سلم می‌تواند، محقق شود. گرچه بسته‌بندی و فرآوری این کالاها را می‌توان در قالب عقد استصناع قرار داد.

۴. مبلغ قرارداد که مطابق ماده ۳۳۹ قانون مدنی باید معلوم و معین باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۳۴۱)، ولی لازم نیست همه یا بخشی از آن، در مجلس عقد پرداخت شود؛ بلکه می‌توان با توافق طرفین قرارداد بخشی به صورت بیعانه قبل از شروع کار و باقیمانده به تناسب پیشرفت فیزیکی کار یا مستقل از آن با زمان‌بندی خاص و یا به‌طور کل، به صورت اقساط به سازنده یا پیمانکار پرداخت شود.

۵. مواد اولیه و سایر تجهیزاتی که برای ساخت کالا با همه خصوصیات و ویژگی‌های مورد نظر لازم است، توسط سفارش‌گیرنده، تدارک دیده شود و مبلغی که سفارش‌دهنده می‌پردازد؛ شامل همه کالاها و خدماتی می‌شود که برای تحویل نهایی کالا یا طرح مورد قرارداد لازم است، تدارک دیده شود.

## ۲. دیدگاه‌ها در عقد استصناع

گرچه این عقد به صورتی گسترده هم‌اکنون مورد استفاده قرار می‌گیرد ولی به دلایلی

که قابل تأمل است؛ فقهای امامیه همانند فقهای اهل سنت به این موضوع نپرداخته‌اند. از این رو در کتب فقهی امامیه با آن همه گستردگی، کتابی به نام کتاب الاستصناع مشاهده نمی‌شود. از متقدمین فقهای امامیه غیر از شیخ طوسی در کتاب‌های **الخلافا** (طوسی، ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۳۱۵) و **المبسوط** (طوسی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۹۴) و **ابن‌حمزه** در **الوسیله** (ابن‌حمزه، ۱۴۰۸، ص ۲۵۷) و **ابن‌سعید** در **الجامع للشرایع** (ابن‌سعید حلی، ۱۴۰۵، ص ۲۵۹) به آن نپرداخته‌اند.\*

البته همه مذاهب اهل سنت با اختلافی که در ماهیت آن دارند به این عقد پرداخته‌اند. برخی در ذیل عقد السلم و برخی تحت‌عنوان عقد الاستصناع، احکام و شرایط و ویژگی‌های آن را مطرح نموده‌اند.\*\*

از آن‌جا که بحث از عقد استصناع، ابتدا بین علمای اهل سنت و مذاهب چهارگانه آنان مطرح شد؛ شایسته است در طلیعه بحث به اجمال اقوال این مذاهب را مطرح و سپس به دیدگاه فقیهان امامیه پردازیم.

## ۲-۱. دیدگاه مذاهب اهل سنت

در این قسمت به اختصار به بیان دیدگاه مذاهب چهارگانه اهل سنت در زمینه ماهیت فقهی عقد استصناع می‌پردازیم.

### ۲-۱-۱. مذهب حنفی

عالمان این مذهب معتقدند، استصناع در قالب عقد بیع می‌گنجد و عقدی مستقل از عقد سلم می‌باشد. در ماده ۳۸۸ مجله **الاحکام العدلیه** که بر طبق فقه حنفی تدوین یافته، آمده است: اذا قال رجل لواحد من اهل الصنایع: اصنع لی الشئ الفلانی بكذا

\* البته معاصرین از فقهای امامیه نظیر مؤمن و هاشمی شاهرودی و تسخیری و موسوی بجنوردی نیز به برخی جنبه‌های فقهی آن پرداخته‌اند و استفتائاتی از فقهاء و مراجع در ارتباط با عقد استصناع صورت پذیرفته است و پاسخ‌هایی دریافت شده است ولی در این مقاله بر دیدگاه متقدمین متمرکز می‌شویم.

\*\* از معاصرین اهل سنت که عقد استصناع را به‌طور مبسوط مطرح نمودند، می‌توان از **علی‌محبی‌الدین‌علی‌القره‌داغی**، **محمد‌سلیمان‌الاشقر**، **عبد‌الحمید محمود طهماز**، و **هبه‌الرحیلی**، **محمد‌توفیق رمضان‌البوطی** و **وائل عربیات** نام برد.

قِرْشاً\* و قبل الصانع ذلک انعقد البیع استصناعاً. «اگر فردی به صنعتگری بگوید: کالای فلانی را برای من به مبلغ معینی بساز و صنعتگر قبول کند، بیع استصناع منعقد می‌شود. چه مبلغ آن را نقداً بپردازد یا بخشی را نقداً و بخشی را بعد و یا همه را بعد بپردازد. در صورتی که ماده‌ای که با آن کالای مورد نظر را می‌سازد؛ از آن سازنده باشد. ولی اگر مواد اولیه از سفارش‌دهنده باشد، عقد اجاره محقق می‌شود و نه استصناع (سالوس، ۱۴۱۲، ص ۲۹۵-۲۵۵ / سالوس، ۱۹۹۲، ص ۸۱۷-۸۱۹). پس در دیدگاه عالمان حنفی استصناع در قالب عقد بیع قرار می‌گیرد؛ ولیکن عقد مستقلی از سلم، نقد و نسیه است.

### ۲-۱-۲. مذهب مالکی

عالمان این مذهب استصناع را به عنوان عقد مستقلی مطرح ننموده‌اند؛ بلکه در ضمن بحث سلم به مباحث مرتبط با استصناع پرداخته‌اند. مثلاً در کتاب «المدونة الكبرى للامام مالک» در اثناء بحث سلم عنوان «فی السلف فی الصناعات» بحث استصناع مطرح شده است. در این کتاب آمده است: در صورتی که فردی سفارش ساخت تشت، ظرف آبخوری، ظرف مسی، کلاه، ظرف شیشه‌ای، کاسه و یا کالایی که مردم عادتاً نزد صنعتگر می‌روند و با ویژگی‌های مورد نظرشان سفارش ساخت می‌دهند، در صورتی که کالایی که فرد ملاحظه کند؛ به عینه موجود نباشد و شرط نکند که خود صنعتگر بر روی آن کار کند و رأس‌المال را در مجلس یا یک یا دو روز بعد پرداخت کند؛ این سلف جایز است و این عقدی لازم می‌شود و لازم است صنعتگر در زمان مقرر آن کالا را با ویژگی‌های معین ارائه نماید. ولی اگر زمان طولانی را برای پرداخت رأس‌المال در نظر بگیرد، عقد فاسد می‌شود (سالوس، ۱۹۹۲، ص ۱۹-۲۲).

### ۲-۱-۳. مذهب شافعی

عالمان این مذهب نیز همانند مالکی، استصناع را جایز نمی‌دانند و به همین دلیل مبحث خاصی را به استصناع اختصاص نداده‌اند. از دیدگاه شافعیه چون کالای سفارش

\* واحد پول در برخی کشورهای عربی برابر یک‌صدم لیره (اتابکی، فرهنگ جامع کاربردی فرزنان).



داده شده، وجود ندارد و بنابراین معامله مصداقی از بیع معدوم محسوب می‌شود که پیامبر ﷺ آن را نهی فرموده است. علاوه بر این، چنین معامله‌ای در حکم بیع عین معین است، حتی اگر کالا موجود بود ولی در مالکیت فروشنده نبود، فروش آن جایز نبود و حالا که معدوم است؛ به طریق اولی فروش آن جایز نیست (سالوس، ۱۹۹۲، ص ۲۶۵ / شاذلی، ۱۴۱۲، ص ۴۲۵-۵۰۳ / تارزی، ۱۴۱۲، ص ۵۷۶).

شافعی در کتاب الام (شافعی، ۱۳۸۸، ص ۱۳۴) می‌نویسد:

اگر شرط کند که برای او ظرفی از مس و آهن یا مس و سرب ساخته شود؛ جایز نیست و در هر چیزی که سفارش ساخت داده شود، همین حکم جاری است. چنان‌که بیان شد؛ شافعیه قرارداد سفارش ساخت را جایز نمی‌دانند، اما بعضی از صورت‌های سفارش ساخت را در قرارداد سلم مطرح نموده‌اند.

#### ۴-۱-۲. مذهب حنبلی

برخی از عالمان حنبلی تصریح کرده‌اند که نزد علمای حنبلی، استصناع کالا صحیح نیست. بدان جهت که صنعتگر چیزی را به غیر صورت سلم می‌فروشد. در حالی که کالا موجود نیست. بنابراین حنبلی‌ها نظیر عالمان مالکی و شافعی، استصناع را تنها در صورتی که در قالب سلم قرار گیرد؛ می‌پذیرند.

پس بی‌تردید در نزد همه عالمان مذاهب اربعه، اگر عقد استصناع در قالب عقد سلم بگنجد؛ بدین معنا که در مجلس عقد، تمام مبلغ قرارداد سفارش ساخت و یا مطابق دیدگاه عالمان مالکی یک یا دو روز بعد پرداخت گردد، عقد استصناع عقدی کاملاً صحیح است و از مشروعیت تامی برخوردار است. ولی آنچه در جامعه متعارف می‌باشد، پرداخت همه مبالغ در مجلس عقد نیست؛ بلکه حداکثر، بخشی از مبالغ در مجلس پرداخت می‌شود، به همین جهت عقد استصناع در این صورت تحت ضوابط عقد سلم قرار نمی‌گیرد. بنابراین مذاهب مالکی، شافعی و حنبلی قراردادهای استصناع را که در قالب سلم جای نمی‌گیرد، به دلیل قیاس جایز نمی‌دانند. زیرا در این عقد، معامله روی چیزی صورت می‌پذیرد که معدوم است و رسول الله ﷺ از «بیع ما لیس

عندک\* نهی فرموده است. گرچه در معامله سلم نیز کالا موجود نیست ولی با کلام شارع که عقد سلم را جایز دانست از قاعده اولی عدم جواز، استثناء شده است. بنابراین عالمان مذاهب اهل سنت در دو قالب زیر، عقد استصناع را تصحیح نمودند (سرخسی، ۱۴۱، ص ۱۳۸):

الف) در قالب عقد سلم با حفظ همه شرایط آن.

ب) در قالب بیعی مستقل با شرایط و ویژگی‌های خاص به خود.

## ۲-۲. ادله عالمان حنفی بر صحت عقد استصناع

اگر بخواهیم عقد استصناع را به عنوان بیعی مستقل جایز بدانیم؛ لازم است تا ادله به خصوصی در صحت و مشروعیت آن ارائه شود. علمای حنفی، سنت رسول الله ﷺ، اجماع و استحسان را به عنوان سه دلیل برای صحت عقد استصناع و استثناء از قاعده اولی نظیر سلم بیان نمودند و ایراداتی نیز بر این ادله وارد شده است که در ذیل بدان می‌پردازیم.

### دلیل اول: سنت رسول الله ﷺ

در منابع روایی اهل سنت دو دسته روایات نقل شده است که حکایت از آن دارد: الف) همانا پیامبر ﷺ انگشتری از طلا ساخت و آن را به دست می‌کرد و نگین آن را در داخل دست خویش قرار می‌داد، پس مردم نیز چنین نمودند. سپس بر منبر نشست و انگشتری را از دست بیرون آورد و فرمود من این انگشتر را به دست می‌کردم و نگین آن را در داخل قرار می‌دادم. پس آن را انداخت. سپس فرمود: قسم به خدا هرگز این انگشتر را به دست نمی‌کنم. پس از آن مردم نیز با انگشترهایشان چنین کردند (بخاری، ۱۴۱۸، ح ۶۶۵۱).

همچنین سه روایت دیگر نیز از جوامع اهل سنت در زمینه ساخت انگشتر وارد شده است.

\* ممکن است گفته شود «لا تبع مالیس عندک ناظر به کالای ساخته‌شده‌ای است که در نزد انسان حاضر نیست ولی اصل در استصناع بر ساخت کالای معین با شرایط و خصوصیات معین است. (سید محمد موسوی بجنوردی، ص ۶۱) در پاسخ می‌توان گفت «لا تبع مالیس عندک» اطلاق دارد و شامل کالای ساخته شده‌ای که نزد انسان حاضر نیست و کالایی که اصلاً ساخته نشده است، می‌شود.

عن نافع ابن عبدالله حدثه: «ان النبي ﷺ اصطنع خاتما من ذهب و جعل فسه في بطن كفه اذا البسه فاصطنع الناس خواتيم من ذهب فرقى المنبر فحمد الله و اثنى عليه فقال: اني كنت اصطنعته واني لا البسه فنبذ الناس» (رك: تارزی، ۱۴۱۲، ص ۵۶۹).

انس بن مالک در دست رسول الله ﷺ یک روز انگشتری از نقره را دید، سپس مردم انگشترهایی از نقره ساختند و به دست نمودند (بخاری، [بی تا]، ۳۱۸). انس بیان نمود که پیامبر ﷺ انگشتری ساخت، پس فرمود ما انگشتری ساختیم و نقشی بر آن نگاشتیم. پس کسی بر انگشتر نقشی ننگارد (بخاری، [بی تا]، ص ۲۲۴ / ابن حنبل، [بی تا]، ص ۱۰۱). در بررسی روایات (صرف نظر از سند این روایات)، دلالت روایات فوق بر مدعی قابل مناقشه است.

زیرا بحثی از استصناع و سفارش ساخت در هیچ کدام از روایات مطرح نشد؛ بلکه بحث این است که پیامبر انگشتری ساخت (اصطنع خاتما)، اینکه خود حضرت ساخته باشد یا قراردادی با دیگری بسته باشد، روایت ساکت است.

صرف نظر از این اشکال و با قبول اینکه پیامبر ﷺ خود انگشتری نمی ساخت، اینکه بیان شد که پیامبر ﷺ ساخت انگشتری از طلا و سپس از نقره را سفارش داد و اصحاب نیز تبعیت کردند، دو احتمال دارد:

احتمال اول اینکه، پیامبر ﷺ مبلغ ساخت این انگشترها را ابتدا پرداخته است و بنابراین استصناع با شرط سلم تحقق یافته و همه عالمان قایل به جواز این نوع استصناع هستند. ولی ممکن است، گفته شود؛ اگر پیامبر ثمن را در مجلس می پرداخت، این موضوع در روایت نقل می شد.

احتمال دوم اینکه، پیامبر ﷺ ماده خام انگشتر را به صانع داده باشد و در این صورت عقد اجاره محقق می شود و نه عقد استصناع اصطلاحی. ولی باز ممکن است بیان شود، اگر پیامبر ﷺ و اصحاب چنین می کردند؛ علی القاعده در روایت ذکر می شد و موضوعات با اهمیت کمتر در روایات ذکر می شود تا چه رسد به این موضوع که کم اهمیت نیز نیست.

در عین حال با وجود احادیثی در تحریم استفاده طلا بر مردان، حتی در منابع اهل سنت، سفارش ساخت انگشتری از طلا و استفاده رسول الله ﷺ از انگشتر طلا به راحتی

قابل پذیرش نیست.\*

(ب) پیامبر ﷺ سفارش ساخت منبر را به زنی به نام سهل داد که به غلام خود امر کند، منبری برای حضرت ﷺ بسازد. روایات وارده چنین است:

۱. رواه البخاری: «ان الرسول ﷺ استصنع المنبر رواه عن ابي حازم عن دینار». بخاری از ابي حازم نقل می‌کند که: «افرادی نزد سهل بن سعد ساعدی آمدند و درباره چوب منبر گفتگو می‌گردد که چوب آن از جنس چیست. از سعد ساعدی سؤال کردند او گفت: والله نمی‌دانم و همان روز اولی که منبر در این جا گذاشته شد و رسول الله ﷺ بر آن نشست، آن را دیدم. پیامبر ﷺ کسی را به سوی زنی به نام سهل فرستاد و به او فرمود: به غلام نجارت امر کن با چوب‌ها چیزی بسازد که هنگامی که مردم را تعلیم می‌کنم، بر آن بنشینم. پس غلام از چوب‌های جنگل آن را ساخت. سپس آن را نزد زن آورد و او نیز آن را نزد رسول الله آورد. پس رسول خدا ﷺ امر کرد که منبر را در این جا بگذارند»\*\*

(ر.ک: تارزی، [بی تا]، ص ۵۶۹).

۲. این روایت نص صریحی در تجویز رسول الله ﷺ برای استصناع نیست. زیرا روشن نیست که آیا ساخت منبر مورد رغبت و علاقه رسول الله ﷺ بوده و زن و غلامش آن را عملی ساختند و در این صورت دلالتی بر عقد استصناع ندارد و یا اینکه آیا عقد استصناعی را خود رسول الله ﷺ منعقد ساخت و آن زن، آن را عملی ساخت؟ رسول الله ﷺ کسی را به سوی سهل فرستاد و به او فرمود: غلام نجارت را امر کن که برای من با چوب‌ها چیزی بسازد که هنگامی که با مردم سخن می‌گویم بر آن بنشینم. پس زن به غلامش دستور داد از چوب‌های جنگل، منبر را آماده کند. سپس

\* برخی روایات چنین است: فعن ابن عباس رضی الله عنه ان رسول الله ﷺ رای خاتما من ذهب فی ید رجل فنزعه و طرحه و قال: (یعمد احدکم الی جمره من نار فی طرحها یده). (فقیل للرجل بعد ما ذهب رسول الله ﷺ خذ خاتمک انتفع به؟ فقال لا و الله لا آخذہ و قد طرحه رسول الله ﷺ رواه مسلم و عن ابي سعید رضی الله عنه ان رجلا قدم من نجران الی رسول الله ﷺ و علیه خاتم من ذهب، فاعرض رسول الله ﷺ و قال انک جئتني و فی یدک جمره من نار. رواه النسائی (المنتقى من کتاب الترغیب و الترهیب، ج ۲، صص ۱۲۱۶، ۶۱۵ و ۱۲۱۷).

\*\* این حدیث در کتبی که بر شرح صحیح بخاری نگاشته شده (فتح الباری فی شرح صحیح بخاری، [بی تا]، ص ۳۹۲ / عمده قاری، [بی تا]، ص ۲۱۴) آمده است.

غلام منبر را ساخت و نزد آن زن آورد. او نیز نزد رسول الله ﷺ آورد. پس رسول الله ﷺ امر کرد که آن را آنجا بگذارند. سپس حضرت بر آن نشست (همان).

۳. زنی از انصار به رسول الله ﷺ عرضه داشت یا رسول الله آیا برای شما شیئی تدارک دیده شود که شما بر آن تکیه کنید؟ غلام نجاری دارم. پیامبر ﷺ فرمود: اگر تمایل داری. پس این زن برای حضرت منبری را تدارک دید (همان).

دلالت روایات فوق بر مدعی قابل مناقشه است. زیرا در روایت سوم آمده که زن خود تبرعاً از رسول الله ﷺ خواسته است که برایش منبر بسازد و حضرت ﷺ قبول فرمود، ولی در روایت سهل آمده که پیامبر ﷺ کسی را به سوی زن فرستاده است و ساخت منبر را از او خواسته است. / ابی حجر در **فتح الباری** (فتح الباری شرح صحیح البخاری، [بی تا]، ص ۵۴۴) می گوید: ابن بطال در استدلال به این روایات بیان داشت، ممکن است زن ابتدا درخواست ساخت منبر به صورت تبرعی نموده است و زمانی که پیامبر ﷺ درخواست او را پذیرفت، چون ممکن بود غلام سستی کند؛ پیامبر ﷺ کسی را فرستاد که ساخت منبر انجام پذیرد. چرا که پیامبر ﷺ می دانست؛ زن به آنچه بخشیده، طیب نفس دارد و ممکن است ارسال کسی به سوی این زن برای این بوده باشد که ویژگی های مورد نظر (از نوع جنس چوب و ...) منبر را به او بگوید تا او به غلام منتقل کند تا منبری ساخته شود و محتمل است از آنجا که موضوع به خود زن تفویض شد؛ لذا این سبب سستی او بشود، نه اینکه غلام شروع کرده باشد و در انجام آن سست باشد و نه اینکه نسبت به صفات منبر جاهل باشد و این وجه بهترین نظر از دیدگاه من (ابن حجر) است.

با ملاحظه در این روایات درمی یابیم که آنها صراحتی در این ندارند که پیامبر ﷺ پولی بابت ساخت در ابتدا نپرداخت، زیرا در صورتی که کل مبلغ در مجلس عقد پرداخت شود، عقد سلم تحقق می یابد و یا اینکه ممکن است پس از ساخته شدن معامله مجددی صورت پذیرفته باشد و دستور و تقاضای ساخت در چهارچوب معامله ای صورت نگرفته باشد؛ بلکه پس از اتمام عملیات ساخت و موجود شدن کالا، معامله بیع نقدی و یا حتی نسبه صورت پذیرفته باشد و همچنین این روایات صریح در این نیستند که خود حضرت، عقد استصناع منعقد ساخت. غیر از این روایات نیز روایات

دیگری در جوامع روایی ملاحظه نمی‌شود. علاوه اینکه، مجموعه این روایات در جوامع روایی اهل سنت وارد شده است و در منابع روایی امامیه وجود ندارد.

### دلیل دوم: اجماع عملی

مسلمین در طول اعصار از زمان رسول الله ﷺ تا زمان حاضر از عقد استصناع در معاملات خود استفاده می‌نمودند و کسی نیز منکر آن نشده است و پیامبر ﷺ فرموده است «لا تجتمع امتی علی ضاله» یعنی امت من بر گمراهی هم عقیده نمی‌شوند و «ما رأه المسلمون حسناً فهو عندالله حسن و ما رأه المسلمون قبیحاً فهو عندالله قبیح» و آنچه را مسلمانان نیکو می‌دانند، پس نزد خداوند نیکوست و آنچه را که مسلمانان قبیح می‌دانند؛ در نزد خداوند قبیح است (کاسانی الحنفی، ۱۴۱۷، ص ۹۳-۹۴)

برخی نیز اجماع را مسلم انگاشته و بیان داشته‌اند که اختلاف تنها در آن است که استصناع، بیع است یا وعده و یا اجاره؟ اگر عقد اجاره باشد؛ گرچه اختلافی در جواز آن نیست ولیکن شرط استصناع در نزد آنان این است که مواد اولیه از صانع باشد و نه از مستصنع و این خلاف اجاره است و اگر وعده باشد؛ عقد طرفینی تمام نمی‌شود، مگر اینکه عمل توسط صانع به اتمام برسد. پس لازم است که استصناع در چهارچوب بیع بگنجد و بیع نیز باید برای کالایی باشد که حاضر و غیر معدوم باشد و عالمان حنفی مذهب، چون اجاره و وعده را در این مورد جاری ندانستند، خلاف قیاس به صحت آن اعتقاد پیدا نمودند (سالوس، ۱۹۹۲، ص ۸۲۹). به این ترتیب می‌توانیم قیاس را به واسطه اجماع ترک کنیم.

گرچه علمای حنفیه به اجماع استدلال نمودند ولی برخی دیگر از علما آن را نپذیرفتند و بیان داشتند که اجماعی بر جواز استصناع آن‌گونه که عالمان حنفیه می‌گویند؛ محقق نشد و کسانی که معتقدند استصناع غیرجایز است، از کسانی که معتقد به جواز آن هستند، بیشتر است (سالوس، ۱۹۹۲، ص ۸۳۳). در عین حال باید اذعان داشت قرارداد استصناع، همان‌گونه که هم‌اکنون به صورت گسترده وجود دارد در زمان‌های گذشته نیز مورد استفاده قرار می‌گرفت و مخالفت چشم‌گیری هم با این اجماع عملی صورت نپذیرفت و رویه و سیره متشرعه همچنان ادامه یافت. گرچه نمی‌توان به آسانی از مخالفت فتوای عالمان مذهب ثلاثه، غیر مذهب حنفیه چشم‌پوشی نمود.

## دلیل سوم: استحسان

دلیل عمده عالمان حنفیه در مشروعیت استصناع، استحسان است. استحسان در نزد حنفیه همان‌گونه که *ابوالحسن الکرخی* تعریف نمود، این است که مجتهد از حکمی در مسئله‌ای که مشابه مسئله دیگر است؛ به دلیل اقوایی که اقتضای عدول می‌کند، عدول کند. این تعریف روشن‌ترین تعریف از حقیقت استحسان در نزد فقیهان حنفیه است و همه انواع استحسان را شامل می‌شود و اساس و لب آن این است که مجتهد، حکمی که مخالف قاعده است؛ صادر کند. به جهت آنکه خروج از این قاعده به شرع نزدیک‌تر است تا تمسک به قاعده. پس اعتماد بر استحسان قوی‌تر از استدلال به قیاس در این موارد است.

استحسان دو نوع می‌باشد. نوع اول ترجیح دادن قیاس پنهان بر قیاس آشکار به واسطه دلیل است و نوع دوم استثناء جزئی از حکم کلی به واسطه دلیل می‌باشد و مقصود در بحث، نوع دوم است. زیرا شارع از بیع معدوم و عقد بستن بر روی آن منع نموده و استصناع (آن‌گونه که جمهور حنفیه معتقدند) بیع می‌باشد؛ لذا هنگام قرارداد مورد قرارداد معدوم می‌باشد و آنان به دلیل استحسان آن را مجاز دانسته‌اند.

برای تنقیح بحث، به ذکر استدلال *کاسانی* از فقهای حنفی در کتاب *بدائع* (کاسانی الحنفی، ۱۴۱۷، ص ۹۴) می‌پردازیم. او می‌گوید:

گرچه قیاس حکم می‌کند که استصناع جایز نباشد. زیرا مشمول نهی رسول الله ﷺ (لا تبع ما لیس عندک) می‌شود ولی همان‌گونه که در عقد سلم بیع ما لیس عندک جایز شمرده شد، استصناع نیز از جهت استحسان جایز است. زیرا مردم در اعصار مختلف آن را انجام می‌دادند و کسی نیز انکار نکرده است.

آن‌گاه دو روایت پیامبر ﷺ را در زمینه عدم گمراهی عمومی مسلمانان و آنچه که آنان حسن می‌بینند؛ حسن است را مطرح می‌نمایند. سپس می‌گویند: قیاس به واسطه اجماع ترک می‌شود. همان‌گونه که قیاس در مورد دخول مردم در حمام بدون بیان مدت و زمان ماندن در حمام و حجم آب مورد استفاده و برداشتن لنگ از حمام برای خشک‌کردن و نوشیدن آب از کوزه سقاء و پرداختن وجه آن بدون اینکه مقدار شرب

آب کاملاً مشخص باشد، ترک شده است.\* علت ترک آن قاعده کلی در این موارد، حاجتی است که انسان به این گونه قراردادها دارد. گاهی انسان نیاز به کفشی در اندازه و جنس خاص دارد؛ در حالی که با این کیفیت نوعاً تولید نمی‌شود و اگر استصناع جایز نباشد، مردم به حرج می‌افتند. از طرفی با عقد اجاره نیز نمی‌توان این قراردادها را تثبیت نمود. زیرا اجاره عملی است که در ملک اجیر صورت می‌پذیرد؛ لذا اگر به کسی گفته شود که طعام خود را از این مکان به مکان دیگر ببر و این مقدار اخذ کن و یا لباس خود را رنگ کن و این مقدار بگیر از موارد اجاره نخواهد بود. از سوی دیگر با بیع نیز از آن جا که بیع معدوم صحیح نیست، نمی‌توان این گونه نیازها را برطرف نمود.

برخی دیگر از عالمان اهل سنت از طریق مقاصد شرعیه، استحسان را دلیل جواز بر عقد استصناع دانسته و بیان داشتند: «استصناع به جهت استحسان جایز است»، زیرا حاجت ما را به جواز استصناع سوق می‌دهد و منافع زیادی در آن است و استصناع مشابهتی با سلم و اجاره دارد و از آن جا که آن دو جایزند، پس استصناع نیز جایز است، به علاوه اینکه در استصناع به گونه‌ای گشایش در امور ایجاد می‌شود و حرج و مشقت از مردم برطرف شده و قرض ربوی از جامعه رخت برمی‌بندد و همه این امور، موضوعات شرعیه قلمداد می‌شوند (احمد البنا، ۲۰۰۶، ص ۵۷۶).

به نظر می‌رسد، اگر اجماع عملی و استحسان را به عنوان ادله‌ای برای استنباط احکام شرعی بپذیریم؛ به علت استفاده گسترده از این عقد توسط مسلمانان و عدم انکار عملی آن و فواید گسترده‌ای که برای این عقد مطرح است؛ به گونه‌ای که فقدان آن موجب کندی کسب و کار و برزمین ماندن نیازهای متعارف مردم در فعالیت‌های اقتصادی آنان می‌گردد. عقد استصناع را می‌توان عقد مستقلی که شرایط و ویژگی‌های خاص خود را داراست قلمداد نمود. البته اگر هیچ دلیل شرعی بر صحت عقد استصناع

\* روایاتی که در این زمینه بدان استدلال شد چنین است: الف) ان النبی ﷺ احتجم واعطی الحجام (البخاری، الجامع الصحیح، ج ۴، ص ۳۲۴ / الامام / احمد بن حنبل، المسند، ج ۳، ص ۱۱۱) مع ان مقدار عمل الحجام و عدد کرات وضع المحاجم و مصها غیر معلوم و غیر لازم عند احد (السیواسی، فتح القدير، ج ۵، ص ۳۵۵ و السرخسی، المبسوط، ج ۱۲، ص ۱۳۸).  
ب) دخول الحام باجر جائز لتعامل الناس و ان كان مقدار المكث فيه وما يصب من الماء مجهولا (السیواسی، فتح القدير، ج ۵، ص ۳۵۵ / السرخسی، المبسوط، ج ۱۲، ص ۱۳۸).



نداشته باشیم و سیره عملی مسلمانان را نیز ناشی از جهت مسلمانی آنان ندانیم؛ سیره عملی مسلمانان نمی‌تواند، حجت شرعی باشد و البته مجرد نیاز جامعه موجب جواز امری که جایز نیست؛ نمی‌شود. مگر اینکه نیاز در حد اضطرار باشد و مندوحه و چاره‌ای در بین نباشد. این حد از استدلال توان آن را ندارد که عقد استصناع را به صورت گسترده و فراگیر در همه معاملات مربوط به ساخت و ساز به کار برد.

### ۲-۳. دیدگاه فقیهان متقدم امامیه

در ادامه به بررسی نظرات فقهای متقدم امامیه از جمله؛ شیخ طوسی، ابن حمزه، و ابن سعید خواهیم پرداخت.

#### ۲-۳-۱. دیدگاه شیخ طوسی

در میان فقیهان متقدم شیعه تنها محمد بن الحسن بن علی الطوسی معروف به شیخ طوسی و شیخ الطایفه (۳۸۵-۴۶۰ ق) و ابی جعفر محمد بن علی الطوسی معروف به ابن حمزه و یحیی بن احمد بن سعید حلی معروف به ابن سعید (۶۰۱-۶۹۰ ق) به اختصار به این موضوع پرداختند.

شیخ طوسی در کتاب **الخلاف** (طوسی، [بی تا]، ص ۲۱۵) می‌گوید:

استصناع چکمه، کفش و ظرف‌هایی که از چوب، برنج، سرب و آهن ساخته می‌شود، روا نیست. شافعی نیز بر همین عقیده است. ابوحنیفه معتقد است این قرارداد جایز است، زیرا مردم این‌گونه قراردادها را منعقد می‌کنند. دلیل ما بر باطل بودن این قرارداد، اجماع عدم وجوب تسلیم کالای مورد قرارداد است و سفارش‌گیرنده مختار است که کالا را تسلیم یا قیمت آن را برگرداند و خریدار نیز ملزم به تحویل گرفتن کالای ساخته شده نیست. حال آن‌که در صورت صحیح بودن قرارداد، نباید چنین باشد. علاوه اینکه، کالای مورد قرارداد مجهول است به گونه‌ای که نه با دیدن مشخص گردیده و نه ویژگی‌های آن توصیف شده است. پس منع از قرارداد مزبور لازم است.

همچنین ایشان در کتاب **المبسوط** (طوسی، [بی تا]، ص ۱۹۴) در کتاب **السلم** بیان می‌دارد:

استصناع چکمه، کفش و ظروف چوبی، رویی و آهنی و مسی جایز نیست و اگر چنین سفارشی صورت گرفت قرارداد آن صحیح نیست و سازنده اختیار دارد آن را به

سفارش‌دهنده تحویل دهد یا ندهد و اگر آن را تحویل داد؛ سفارش‌دهنده اختیار دارد، آن را بپذیرد یا نپذیرد.

## ۲-۳-۲. بررسی دیدگاه شیخ طوسی

صریح کلام شیخ طوسی در کتاب **خلاف** بی‌اثر بودن عقد استصناع است که مساوق با بطلان آن می‌باشد. ایشان سه دلیل زیر را بر بطلان ارائه نمودند:

- اول، اجماع بر عدم وجوب تسلیم کالا

- دوم، مختار بودن طرفین در انجام تعهدات متقابل

- سوم، مجهول بودن مورد کالای مورد قرارداد

همچنین ظاهر کلام ایشان در کتاب مبسوط که این عقد را جایز نمی‌دانند، نیز بطلان این عقد است. مقصود از بطلان نیز کان لم یکن بودن این عقد و عدم ترتب اثر مطابق مقتضای آن است. از آن‌جا که ایشان استصناع را باطل می‌دانند؛ این عقد را در قلمرو عقدی از عقود قرار نمی‌دهند.

**بررسی دلیل اول:** نکته قابل تأمل اینکه، در حالی که فقیهان قبل از او نظیر شیخ کلینی (متوفی ۳۲۹ ق)، ابن قولویه (متوفی ۳۶۸ ق) و نیز صدوق (متوفی ۳۸۱ ق) و معاصران او نظیر شیخ مفید (متوفی ۴۱۳ ق)، سیدمرتضی (متوفی ۴۳۶ ق) و ابوالصلاح حلبی (متوفی ۴۴۷ ق) که کتب فقهی فراوانی در ابعاد مختلف فقه از جمله معاملات نوشته‌اند، به استصناع اشاره نمودند. چگونه است که شیخ طوسی ادعای اجماع امامیه را بر عدم وجوب تسلیم کالای مورد قرارداد را مطرح می‌نماید؟ با امعان نظر در کلمات فقیهان در می‌یابیم، اجماع منقول شیخ در «**خلاف**» با توجه به گستردگی آن نوعاً و مستقلاً مورد پذیرش فقیهان شیعه قرار نمی‌گیرد (حکیم، [بی‌تا]، ص ۶). به همین جهت نمی‌توان اجماع منقول توسط شیخ را بی‌دغدغه پذیرفت. نکته قابل تأمل دیگر اینکه، در مواردی در کتاب‌های **نهایه** و **مبسوط شیخ الطایفه**، خودشان با آنچه در **خلاف** با استناد به اجماع بیان نمودند، مخالفت می‌کنند. به عنوان نمونه، شیخ در **نهایه** در وجوب خمس معدن نصاب بیست دینار را شرط می‌دانند. در حالی که در کتاب **خلاف**، ادعای اجماع بر عدم اعتبار نصاب را مطرح می‌کند (موسوی خوئی، ۱۳۶۴، ص ۴۰) فقیهان شیعه اجماع را فی‌نفسه حجت نمی‌دانند حتی با اجماع محصل معامله

یک دلیل تمام عیار و غیرقابل خدشه نظیر یک روایت صحیح یا موثق نمی‌کنند؛ تا چه رسد به اجماع‌های منقولی که نوعاً از شیخ طوسی نقل می‌شود. البته اگر اجماع، واجد تمام شروط اعتبار باشد؛ نزد شیعه به طور حتم حجت است.

نکته قابل توجه اینکه نقد ما نسبت به اجماع شیخ، زمانی وارد است که مقصود ایشان از اجماع، اجماع اصحاب باشد. ولی اگر مقصود از اجماع این باشد که چون اصل در معاملات فساد است و این اصل مورد توافق فقیهان است. پس فساد عقد استنناع اجماعی است، دیگر ایرادی بر شیخ از این جهت که فقیهان قبل از او و یا معاصر با او به این بحث نپرداختند، بر ایشان وارد نخواهد بود. البته چنین اتفاقی دیگر اجماع مصطلح نخواهد بود؛ بلکه اجماع اجتهادی مدرکی است که اعتبار آن موقوف به اعتبار مدرک آن است.

۵۵

حقوق اسلامی / صحت یا فساد عقد استنناع

بررسی دلیل دوم: شیخ الطایفه، مختار بودن طرفین در انجام تعهدات را دلیل بر بطلان مقتضای عقد دانستند. شاید در زمان ایشان طرفین در انجام تعهدات خود مختار بودند، ولی عقود استنناعی که امروزه بین افراد حقیقی و حقوقی و مؤسسات و شرکت‌ها در سطح ملی و بین‌المللی منعقد می‌شود، اصلاً این‌گونه نیست، بلکه طرفین دقیقاً همانند سایر عقود لازم موظف به اجرای تعهدات خود می‌باشند. البته ممکن است از اینکه شیخ طوسی بیان می‌دارد: «سازنده اختیار دارد کالا را به سفارش‌دهنده تحویل دهد یا ندهد و اگر آن را تحویل داد، سفارش‌دهنده اختیار دارد آن را بپذیرد یا نپذیرد»، این احتمال داده شود که مقصود ایشان این است که استنناع عقدی لازم نیست. نه اینکه این عقد باطل و فاسد باشد و کان لم یکن تلقی گردد. زیرا در صورتی که این عقد، مثل قرض به شرط زیاده باشد که عقد فاسد می‌شود، هیچ‌گونه نقل و انتقالی مبتنی بر عقد صورت نمی‌پذیرد و این اختیار برای قرض‌دهنده یا قرض‌گیرنده نیز وجود ندارد که به این عقد باطل عمل نمایند. ولی شیخ برای طرفین عقد استنناع این اختیار را قایل شده است و این کلام عبارت دیگری از جواز عقد استنناع است. یعنی عقد استنناع با این بیان، عقدی صحیح و غیرلازم است. گرچه این احتمال با تصریح یا ظهور کلام شیخ به بطلان عقد استنناع سازگاری ندارد (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۲۴).

بررسی دلیل سوم: شیخ الطایفه، عقد استنناع را مصداقی از بیع مجهول قلمداد

نمودند. گرچه کبرای قیاس یعنی بطلان بیع مجهول کاملاً در فقه پذیرفته شده است. ولی قائلین به صحت عقد استصناع از سوی دیگر بر تبیین ویژگی‌های آن به گونه‌ای که هرگونه جهالتی مرتفع شود؛ تاکید ورزیده‌اند. گذشته از این، آیا واقعاً در همه موارد استصناع جهالت وجود دارد؟ امروزه قراردادهایی که در قالب استصناع بسته می‌شود؛ همه ویژگی‌ها و صفات مورد رغبت عقلاً به خوبی در قرارداد ذکر می‌شود و پیمانکار (سفارش‌پذیر) موظف می‌شود، دقیقاً مطابق قرارداد کالای مورد نظر سفارش‌دهنده را بسازد؛ به گونه‌ای که هیچ‌گونه تخلفی صورت نپذیرد.

عملکرد روشن و خالی از ابهام عرف حاضر در مبادلات و داد و ستدها، بهترین گواه این ادعاست. امروزه در مبادلات بین‌المللی، کالا چنان به‌طور جزئی و دقیق توصیف می‌شود که گویی یک شیء موجود، حاضر و ساخته‌شده را توصیف می‌کنند. از کوچک‌ترین تا بزرگ‌ترین ویژگی کالا در این‌گونه قراردادها ذکر می‌شود؛ مثلاً جزئیات مواد اولیه و فلزاتی که قرار است در ساخت کشتی، هواپیما، واگن‌های مترو به کار رود، ظرفیت و کابین‌های آن‌ها، تجهیزات و امکاناتی که برای رفاه مسافری در نظر گرفته می‌شود، سرعت و قدرت موتور و موارد جزئی دیگر، بر اساس استانداردهای بین‌المللی به‌طور کامل تشریح می‌شود و بر آن اساس قرارداد منعقد می‌گردد\* و در قراردادهای ساخت کارگاه‌ها و تجهیزات کارخانه‌های صنعتی، حتی نوع مواد و کشور سازنده تجهیزات، ظرفیت و عمر مفید به‌طور شفاف ذکر می‌شود. با این وجود چگونه می‌توان جهالت و به تبع آن غرری را در این قراردادها ملاحظه نمود. البته در صورتی که ویژگی‌ها و صفات مورد رغبت، عقلاً ذکر نشود، معامله مجهول و به تبع آن عقد باطل خواهد شد.

علاوه بر اینکه دلیل بطلان معامله در بیع مجهول، دلیلی عقلی نیست؛ بلکه چیزی نظیر لزوم غرر است که با شناخت کالا و اطمینان از ساخت آن برطرف می‌شود و در روایات بطلان بیع معدوم، شامل استصناع نمی‌شود. زیرا این روایات منصرف به مواردی است که بیع در خارج شناخته شده نبوده است و اطمینانی به تحقق آن در

\* برای اطلاعات بیشتر (رک: جعفرپور، جمشید؛ «عقد استصناع»، فصلنامه متین، شماره ۳ و ۴، تابستان و پاییز ۱۳۷۸).

ظرف زمانی خودش نباشد که موجب رفع غرر و خطر گردد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۶). البته اصولاً بیع کلی که با قرارداد در ذمه فروشنده مستقر می‌شود را نمی‌توان در شمار بیع معدوم قرار داد.

با توجه به فتوای شیخ طوسی و سیطره علمی که ایشان در مجامع فقهی داشتند، به گونه‌ای که عصر پس از او را «عصر تقلید از شیخ» می‌دانند (گرجی، ۱۳۷۵، ص ۱۷۶)، می‌توان دریافت که چرا اکثر قریب به اتفاق فقهای امامیه، سخنی از عقد استصناع به میان نیاورده‌اند. در حالی که علمای مذاهب چهارگانه اهل سنت به گستردگی بدان پرداختند.

### ۲-۳-۳. دیدگاه ابن حمزه و ابن سعید

پس از یک قرن و نیم از وفات شیخ در قرن ششم، ابن حمزه و ابن سعید هر کدام در یک سطر به استصناع اشاره نمودند. ابن حمزه می‌گوید: کسی که از قبل سفارش ساخت کالایی را بدهد و سفارش‌پذیر (صنعتگر) این را بسازد؛ می‌تواند آن را به سفارش‌دهنده تسلیم کند یا نکند و سفارش‌دهنده مخیر است بین اینکه بپذیرد و یا نپذیرد (ابن حمزه، ۱۴۰۸، ص ۲۵۷). ابن سعید نیز می‌گوید: استصناع کالایی نظیر کفش، عقدی غیرلازم است و سفارش‌دهنده می‌تواند کالای ساخته شده را قبول نکند (ابن سعید حلی، ۱۴۰۵، ص ۲۵۹).

### ۲-۳-۴. بررسی کلام ابن حمزه و ابن سعید

نکته قابل ملاحظه در کلام این دو فقیه این است که هر دو صدر کلام شیخ طوسی را بیان نمودند و با عبارتهای متفاوت ذیل کلام شیخ طوسی را مطرح نمودند و ظهور کلام هر دو صحت این عقد است. منتهی معتقدند که این عقد، عقدی جایز و نه لازم برای دو طرف است. عدم بیان صدر کلام شیخ طوسی توسط این دو فقیه بزرگوار (با توجه به اینکه علی القاعده دیدگاه شیخ طوسی و کتب ایشان در اختیار سایر فقها بوده است)، به دو صورت قابل تفسیر است؛ صورت اول اینکه، این دو فقیه از آنجا که مخالف بطلان عقد استصناع هستند؛ صدر کلام شیخ را ترک کردند، زیرا صدر کلام شیخ طوسی ظهور در بطلان این عقد داشت. صورت دوم اینکه، همان‌گونه که در بررسی کلام شیخ طوسی بیان داشتیم، ذیل کلام شیخ این احتمال را ایجاد می‌کند که

مقصود از بطلان و عدم جواز عقد استصناع، عدم لزوم این عقد باشد؛ نه اینکه این عقد، رأساً باطل باشد. اگر تفسیر اول صواب باشد، حکایت از آن دارد که اجماعی بین متقدمین از فقیهان امامیه بر بطلان عقد استصناع وجود ندارد. زیرا لااقل این دو فقیه بزرگوار مخالف آنند و اگر تفسیر دوم را بپذیریم، حکایت از آن دارد که حتی شیخ طوسی را هم نمی‌توان مخالف صحت عقد استصناع دانست و در این صورت کسی از فقیهان امامیه نیز مخالف صحت عقد استصناع نخواهند بود.

در عین حال این سؤال و ابهام وجود دارد که اگر تفسیر دوم درست باشد؛ چرا سایر متقدمین از فقیهان امامیه این بحث را در کتب فقهی خود مطرح نمودند؟ به گمان نگارنده، اینکه فقیهان متقدم امامیه در کتب فقهی خود متعرض این عنوان نشدند یا به دلیل ظهور کلام شیخ طوسی و مخالفت او با این عقد و ادعای بطلان ایشان باشد و یا به دلیل اینکه این موضوع مورد ابتلا نبوده و یا توجهی به ابتلا آن نداشتند و به همین دلیل آن را ذکر نکرده‌اند و در این صورت عدم ذکر آن توسط قدماء دلیل بر اعتقاد به بطلان چنین عقدی نزد آنان نیست. زیرا اجتهاد منتهی به فتوی که عبارت از استفراغ و سع در ارجاع فرع به اصلی از اصول مورد قبول است. در اغلب موارد در فروع مورد ابتلا، مورد تعرض واقع شده یا می‌شود.

### ۳. ماهیت مستقل عقد استصناع

بی‌تردید می‌توان عقد استصناع را به گونه‌ای تنظیم نمود که در یکی از عقود متعارف بگنجد. مثل اینکه قرارداد اجاره را به بیع برگردانیم، بدین معنی که مثلاً به جای انعقاد عقد اجاره، منافع خانه به مدت یکسال به مستأجر فروخته شود،\* ولی این سبب نمی‌شود که ماهیت اجاره همان ماهیت بیع باشد. از این رو لازم است با دقت در ماهیت عقد استصناعی که در معاملات اقتصادی روزمره بین مردم و با مساعدت عرف عقلاً منعقد می‌شود؛ به بررسی یکسانی یا عدم یکسانی عقد استصناع با سایر عقود بپردازیم. زیرا شارع مقدس در حقایق عرفی عقلایی در چارچوب معاملات دخل و

\* البته بنابراین قول که مبیع می‌تواند علاوه بر عین منفعت نیز باشد.

تصرفی نمی‌کند ولی می‌تواند آثار و احکام مترتب بر آن را تنفیذ یا ردع نماید. در این مجال، اجمالاً به ماهیت مستقل عقد استصناع نسبت به سلف و اجاره می‌پردازیم.<sup>\*\*</sup>

اگرچه می‌توان عقد استصناع را به صورت عقد سلم انشاء نمود و همه شرایطی که در عقد سلم لازم است؛ از جمله پرداخت تمام مبلغ در مجلس عقد را رعایت نمود و در این صورت صانع موظف است که کالای توافقی را در تاریخ معین تحویل سفارش‌دهنده بدهد. اما در بسیاری از موارد در عقد استصناع، عرف عقلا و متشرعه، تمام مبلغ قرارداد را در مجلس عقد پرداخت نمی‌کنند. علاوه اینکه در معنی و مفهوم استصناع ساختن نهفته است. ولی در سلم ضرورتاً این‌گونه نیست؛ بلکه در مورد هر کالایی چه ساخته شود و چه ساخته نشود، عقد سلم قابل انعقاد است. همچنین در استصناع خصوصاً هنگامی که اتقان کار در صنعتگر یا خیاط یا پیمانکاری شهرت دارد؛ عمل خود فرد برای سفارش‌دهنده موضوعیت پیدا می‌کند؛ به گونه‌ای که شرط مباشرت، شرط ضمنی محسوب می‌شود. در حالی که در سلم فقط عین موصوفه به صورت دین در ذمه فرد مستقر می‌شود و ضرورتی ندارد با عمل خویش آن کالا را تولید و تحویل نماید.

علاوه بر آنچه بیان شد، عرفاً نیز عقد استصناع را داخل در عقد سلم نمی‌دانند و پیمانکارانی که عهده‌دار ساخت خانه‌های مردم با خصوصیات ویژه می‌شوند، نمی‌گویند با سفارش‌دهندگان این خانه‌ها عقد سلم منعقد نمودیم و این خود دلیل روشنی است که عرف ماهیتی منحاز برای این عقد تصور می‌کند.

اما در ارتباط با اندراج عقد استصناع در قالب عقد اجاره می‌توان گفت در صورتی که سفارش‌دهنده مواد اولیه را در اختیار پیمانکار قرار داده و از او بخواهد کالای مورد نظر را با مشخصات ویژه بسازد و بخشی از مبلغ را در ابتدا و مابقی را طبق قرارداد دریافت کند و یا اینکه سفارش‌دهنده به او وکالت دهد که از طرف او مواد اولیه را خریداری نماید و پس از آن کالای نهایی را تحویل نماید و احیاناً حق الوکالتی را همراه با مبلغ اجرت مورد نظر را طبق قرارداد، دریافت دارد. در این موارد اجاره بر ساخت

<sup>\*\*</sup> در مقاله دیگری تحت عنوان استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع که در مجله فقه اهل بیت (ع) در دست چاپ است؛ به طور مبسوط به این موضوع پرداخته شده است.

کالایی با عقد استصناع از جهتی منطبق می‌شود. زیرا در هر دو مورد عمل بر عامل است، در عقد استصناع عامل همان صانع و سفارش‌پذیر است ولی در عقد اجاره عامل اجیر (پیمانکار) می‌باشد و صانع و اجیر هر دو یک کار انجام می‌دهند و آن ساختن کالای مورد نظر است.

اما در قرارداد استصناع ماده و عمل از صانع است و زمانی که اجاره بر عمل صورت می‌پذیرد نیز این‌گونه است. مثل اینکه از پیمانکار می‌خواهد کل خانه یا بخشی از آن را با مشخصات خاص با موادی که خود دارد یا تدارک می‌بیند، برای سفارش‌دهنده بنا کند. اگر کل مواد اولیه ساختمان یا طرح عظیم برعهده سفارش‌گیرنده باشد؛ عرف آن را به عنوان قرارداد اجاره نمی‌شناسد و نمی‌گوید پیمانکار را اجیر کردم که این خانه و یا این طرح را احداث کند.

همچنین اگر عرفاً عنوان بیع و شراء بر عقد استصناع منطبق شود، گرچه شرایط بیع نسبه و بیع سلف را ندارد؛ مشمول ادله صحت و نفوذ بیع خواهند بود. زیرا شرط پرداخت کل مبلغ ثمن در مجلس عقد از شرایط حکم است و نه قید مقوم موضوع تحقق بیع و شراء. یعنی برای اینکه احکام سلف بر این بیع تطبیق شود؛ لازم است، شرط پرداخت ثمن تحقق یابد ولی اگر این شرط محقق نشد بدین معنی نیست که این معامله مصداقی از بیع نباشد و احکام صحت بیع بر این مورد تطبیق نیابد. ولی به نظر می‌رسد در عرف مردم به قرارداد استصناع بیع و شراء گفته نشود. گرچه می‌گوید این کالا یا طرح را مثلاً به پیمانکار دادم تا برایم بسازد. اما نمی‌گوید این طرح را از پیمانکار خریدم و یا پیمانکار به من فروخت. از این رو تطبیق بیع و شراء بر عقد استصناع راحت و بی‌دغدغه نیست و گرایش عرف در بیع و شراء ندانستن آن اقرب به واقع است.

بر این اساس می‌توان گفت که عقد استصناع به‌طور طبیعی در قالب یکی از عقد مصرح در شریعت نمی‌گنجد و در عین حال از ماهیت قابل قبولی برخوردار است. به گونه‌ای که عرف عقلاء در معاملات خود از آن در موارد متعددی استفاده می‌کنند و از مصادیق اکل مال به باطل و یا ربا و یا معلات غرری و ضرری نیز قطعاً شمرده نمی‌شود و از این جهت می‌تواند عنوان عقد مستقل به خود بگیرد.



#### ۴. صحت عقد استصناع

پس از بیان عدم امکان اندارج طبیعی عقد استصناع در سایر عقود و در نتیجه استقلال آن، به بررسی ادله صحت این عقد می‌پردازیم. گرچه دلایل ارائه‌شده برای صحت عقد استصناع توسط عالمان حنفی کاملاً قابل تأمل است، ولی دلایل عدم صحت عقد استصناع توسط شیخ طوسی نیز قابل مناقشه است و نه تنها نصوص خاصی از کتاب و سنت بر فساد عقد استصناع نیز نداریم؛ بلکه سیره متشرعه موافق صحت آن است. در هر صورت به نظر می‌رسد از آن‌جا که قرارداد استصناع یک التزام طرفینی است که بر اساس آن سازنده ملزم به ساخت کالای مورد نظر با همه خصوصیات مذکور در عقد است و در مقابل سفارش‌دهنده نیز موظف به پرداخت مبالغ توافقی در متن قرارداد است. در سایه این عقد سفارش‌دهنده، مالک حق ساخت کالای مورد نظر بر عهده سفارش‌گیرنده می‌شود و در مقابل سفارش‌گیرنده نیز مالک مبالغ مورد توافق در زمان‌بندی خاص می‌شود. با این تقریر یک رابطه وضعی و اعتباری به واسطه این عقد ایجاد می‌گردد. چون معنی و مفهوم عقد و تعهد طرفینی در عقد استصناع به طور کامل وجود دارد؛ می‌توان این عقد را مشمول عمومات و اطلاقات «اوفوا بالعقود» و «تجاره عن تراض منکم» است. زیرا از یک سو قرارداد استصناع بی‌تردید عقدی است که بین طرفین منعقد می‌شود و از سوی دیگر از آن‌جا که تجارت به معنای مطلق معامله و مبادله است، قرارداد استصناع نیز تجارت خواهد بود. بنابراین به نظر تردیدی در صحت عقد استصناع وجود ندارد.

بر این اساس، اکثریت مراجع و فقهای شیعه نیز به صحت این عقد معتقدند؛ گرچه در اینکه این عقد صحیح، عقدی مستقل است و یا در قالب بیع، اجاره، جعاله و یا صلح می‌گنجد، اتفاق نظر وجود ندارد (کمیجانی و همکاران، ۱۳۸۷، ص ۸۷-۹۱).

#### ۵. عقد استصناع از منظر حقوق ایران

آنچه تا کنون بیان شد، بررسی عقد استصناع از منظر فقه امامیه و اهل سنت بود. اما از منظر حقوقی و حقوق ایران وضع به گونه دیگری است که در ذیل بدان می‌پردازیم:

همان‌طور که به تفصیل گفته شد؛ عقد استصناع عقد جدید و مستحدثی نیست و در همه اعصار از این قرارداد در جوامع اسلامی و غیر اسلامی استفاده می‌شده است. در دنیای امروز، استفاده از این قرارداد و یا به عبارت دیگر قرارداد پیمان (پیمانکاری) به یکی از ضرورت‌های زندگی اقتصادی و تجاری مبدل گشته است؛ بالاخص در پروژه‌های بزرگ دولتی و بنگاه‌های تجارتی.

با عنایت به مطالب در پیش گفته، شاید جای شگفتی باشد که در هیچ یک از قوانین و مقررات مصوب مجلس، اثری از این قرارداد و یا همان قرارداد پیمان دیده نمی‌شود. از این رو، تلاش می‌شود؛ ابتدا قرارداد یاد شده از منظر قواعد عام حقوقی ما و سپس مقررات خاص مرتبط با موضوع مورد بررسی قرار گیرد.

### ۱-۵. عقد استصناع در قواعد عمومی قراردادها

از مباحث اختلافی در فقه این است که آیا قراردادهای مشروع و مجاز، منحصر در عقود معینی است که در ابواب فقهی مشخصاً بیان گردیده است یا سایر قراردادهایی که اشخاص بین خود منعقد می‌کنند (در حدودی که مخالف شرع نباشد)، می‌تواند مجاز و مشروع باشد. به عبارت دیگر آیا اصل در عقود و تعهدات و مدلول عموم «المومنون عند شروطهم» صرفاً عقود معین است یا اینکه اصل مشروعیت هر معامله متعارف و عقلایی است، مگر اینکه حرمتش در شرع وارد شده باشد. این موضوع در فقه موافقان و مخالفانی دارد (خویی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۴۲ / نجفی، ج ۲۲، ص ۲۱۳). اما از منظر حقوقی نهایتاً قانون‌گذار مدنی با وضع ماده ۱۰ قانون مدنی، منحصرنبودن قرارداد در عقود معین را برگزیده است و دانشمندان حقوق مدنی این ماده را مبنای اصل آزادی قراردادی تفسیر کردند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۴۴ / صفایی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۴۷). بنابراین مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی، هر قراردادی که اشخاص بین خود منعقد می‌کنند؛ در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، صحیح و نافذ است و به تعبیر مرحوم خویی عمومات وفای به عقد در آیه، هر قراردادی که در عرف به آن عقد اطلاق گردد را شامل می‌شود (خویی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۴۲). در نتیجه قراردادهایی مانند عقد بیمه و مانند آن صحیح و نافذ شمرده شده است. از این رو، «قرارداد پیمان» که از قبل انقلاب

تا کنون بین مردم و در دستگاه‌های دولتی منعقد می‌شده و دارای بخشنامه‌ها و قراردادهای نمونه‌ای است و تا کنون هم از ناحیه شورای نگهبان قانون اساسی به عنوان ناظر بر کلیه قوانین و مقررات در قبال شرعی بودن و مرجع تشخیص آن (مطابق اصل ۴ قانون اساسی)، نظری دال بر غیرشرعی بودن آن اعلام نشده است. در حالی که آن شورا در بسیاری از موارد مستقیماً وارد و برخی از مقررات را غیرشرعی اعلام کرده است. مانند خسارت تأخیر تأدیه به نرخ معین بر اساس ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق و یا غیرشرعی بودن مرور زمان موضوع ماده ۷۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی\* و یا حق کسب و پیشه و تجارت.\*\*

علاوه بر مطالب پیش گفته، قانون مدنی در تعریف عقد می‌گوید: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». مطابق این تعریف عقد معنای عامی دارد و در معنای عام خود شامل عقود غیرمعین هم می‌شود. از جهت موضوع عقد نیز شامل هر تعهدی می‌شود که یکی در مقابل دیگری به عهده می‌گیرد. علی‌رغم نقدهای که بر این تعریف وارد شده است، ایجاد تعهد در عقد مهم‌ترین و اساسی‌ترین مصادیق عقد است (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۴۶). بنابراین عقد استصناع یا پیمان که اثر آن ایجاد تعهد برای طرف مقابل در صورت مشخص بودن نوع، مدت و یا میزان تعهد است، مشمول این تعریف از عقد می‌شود و از جهت حقوقی با مشکلی مواجه نیست.

## ۲-۵. عقد استصناع و مقررات مرتبط

هر چند عقد استصناع در شکل ساده خود سابقه طولانی دارد، اما پیشرفت و توسعه

\* نظریه شورای نگهبان مورخ ۱۳۶۱/۱۰/۲۷ شماره ۷۲۵۷ «مواد ۷۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی به بعد در مورد مرور زمان در جلسه فقهای شورای نگهبان مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت و به نظر اکثریت فقهای شورا مواد مزبور که مقرر می‌دارد، پس از گذشتن مدتی (ده سال، بیست سال، سه سال، یکسال و غیره) دعوی در دادگاه شنیده نمی‌شود، مخالف با موازین شرعی تشخیص داده شد.

\*\* در تاریخ ۱۳۶۲/۵/۹ شورای نگهبان به موجب نظریه شماره ۱۴۸۸ اعلام کرده است: «حق کسب و پیشه و تجارت در ملک غیر، مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ عنوان شرعی ندارد و اگر مقصود سرقفلی باشد باید طبق **تحریر الوسیله** عمل شود. در سایر موارد مربوط به حق کسب و پیشه نیز باید این نظر رعایت شود».

اقتصادی و صنعتی جهان، پیچیدگی و تنوع پروژه‌های عظیم پیمانکاری را دو چندان کرده است. علی‌رغم این همه توسعه و حجم عظیم پروژه‌هایی که در قالب قرارداد پیمانکاری تحقق می‌یابد، متأسفانه قانون ویژه‌ای (توسط مجلس قانون‌گذاری) که این قرارداد را در کنار سایر قراردادها به رسمیت بشناسد، وجود ندارد. اما برخی مقررات مرتبط با قرارداد پیمانکاری وجود دارد که باید در حوزه عمومی و دولتی و حوزه خصوصی به طور مجزا به صورت زیر مورد بررسی قرار گیرد.

### ۱-۲-۵. قرارداد پیمانکاری (استصناع) در حوزه عمومی و دولتی

علی‌رغم فقدان قانون خاص در مورد قراردادهای پیمانکاری، نظر به ابتلای دستگاه‌های دولتی و اجرایی کشور به این قرارداد، هیئت دولت در قبل و بعد از انقلاب در خصوص مقاطعه‌کاری (که عبارت دیگری از قرارداد پیمانکاری است)، آیین‌نامه‌هایی را به تصویب رسانید. اولین آن، شرایط عمومی پیمان است که بر مبنای آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی موضوع ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ تهیه گردیده است و آخرین آن دفترچه شرایط عمومی پیمان مصوب ۱۳۷۸ سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی است. این آیین‌نامه‌ها مربوط به بخش عمومی و دولتی قراردادهای پیمان است.

قراردادهای پیمانکاری ساخت یا مقاطعه‌کاری، کامل‌ترین نوع قراردادهای دولتی به شمار می‌روند. قراردادهای مزبور عموماً مشتمل بر یک موافقتنامه، شرایط عمومی پیمان، شرایط خصوصی پیمان، جدول زمان‌بندی کلی، فهرست بها و مقادیر کار، مشخصات فنی (مشخصات فنی عمومی، مشخصات فنی خصوصی) و نقشه‌های اجرایی است.

این نوع قراردادهای دولتی پیمان در زمره قراردادهای الحاقی است که امکان توافق خلاف بر مفاد شرایط عمومی پیمان نیست و حتی بر اساس ماده ۴ شرایط عمومی پیمان، شرایط خصوصی پیمان نمی‌تواند شرایط عمومی پیمان را نقض کند.

این آیین‌نامه و دیگر مصوبات دولت، مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی نباید مخالف قوانین و مقررات عمومی کشور باشد و به منظور بررسی و اعلام عدم مغایرت آن‌ها با

قوانین مزبور باید ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رییس مجلس شورای اسلامی برسد. همان‌طور که در مبحث قبل بیان شد، قراردادهای پیمان با قواعد عمومی قراردادها، مغایرتی ندارد. علاوه بر آن با توجه به ابلاغ این آیین‌نامه به رؤسای مجلس شورای اسلامی، مغایرتی توسط آنان اعلام نشده است.

## ۲-۲-۵. قرارداد پیمانکاری (استصناع) در حوزه خصوصی

در حوزه خصوصی پیمان، هیچ قانون و مقررات خاصی وجود ندارد. هر چند بر اساس قواعد عمومی قراردادها و بر مبنای ماده ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی می‌توان قایل به جواز و لزوم چنین قراردادی شد.

با این حال در مردادماه سال ۱۳۸۹ لایحه‌ای در مجلس شورای اسلامی با عنوان «لایحه پیش‌فروش ساختمان» به تصویب رسید. این لایحه علی‌رغم عنوان ظاهری‌اش به نظر باید در زمره قراردادهای پیمان (یا همان عقد استصناع) قرار گیرد؛ زیرا در ماده یک این لایحه آمده است: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید؛ از نظر مقررات این قانون قرارداد پیش‌فروش ساختمان محسوب می‌شود». همان‌طور که ملاحظه می‌شود؛ ماهیت این عمل حقوقی، تعهد به ساخت، تکمیل و انتقال مالکیت است و این مفاد دقیقاً همان ماهیت عقد استصناع و قرارداد پیمان است که به تفصیل بیان شد؛ لذا به نظر می‌رسد باید به قانون‌گذار به خاطر عنوانی که برای این عمل حقوقی انتخاب کرده است، خرده گرفت که در نام‌گذاری این عمل حقوقی از عنوان عرفی و بازاری آن تبعیت کرده است (که در ادبیات قانونی ما نیز غیرمأنوس است)، نه از ماهیت دقیق حقوقی آن.

پس از تصویب این لایحه توسط قانون‌گذار، باید آن را نوعی به رسمیت شناختن قراردادهای پیمان در حوزه خصوصی تلقی کرد.

### ۳-۵. ماهیت حقوقی قرارداد پیمان (عقد استصناع)

همان‌طور که قبلاً بیان شد، عقد استصناع را باید در زمره عقود غیرمعین قرار داد؛ زیرا با ماهیت هیچ یک از عقود معین، انطباق ندارد. اما با توجه به اصل آزادی قراردادها بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی که قایل به صحت و لزوم این قرارداد شدیم، باید قرارداد پیمانکاری را که قراردادی است با آثار و شرایط و ویژگی‌های خاص خود و به‌منظور اجرای پروژه‌ای منعقد می‌شود، به عنوان عقدی مستقل فرض کرد که در ادبیات حقوقی ما با عنوان «قرارداد پیمان» یاد شده است.

این قراردادها که باید اصولاً یک عقد رضایی باشد، اما با توجه به آیین‌نامه شرایط عمومی پیمان در حوزه دولتی که برخی از مقررات اداری را الزام کرد و ماده ۳ لایحه پیش‌فروش ساختمان که تنظیم سند رسمی را الزام کرده است، باید قراردادهای پیمان در حوزه عمومی و دولتی و قرارداد ساخت و فروش ساختمان را در زمره عقود تشریفاتی قرار داد.

### نتیجه

۱. عقد استصناع قرارداد سفارش ساخت کالایی خاص یا اجرای طرحی با ویژگی‌های مشخص در آینده است که بین دو شخص اعم از حقیقی و حقوقی منعقد می‌شود. به گونه‌ای که سفارش‌گیرنده (صانع) متعهد می‌شود، موضوع قرارداد را با مواد اولیه‌ای که خود تدارک می‌کند؛ تولید یا اجرا نموده و سفارش‌دهنده نیز متعهد می‌شود، مبالغ کالا یا طرح مورد نظر را در زمان‌های توافقی که بخشی از آن می‌تواند نقد و بخشی از آن به صورت اقساط باشد در مقابل تحویل موضوع قرارداد به سفارش‌گیرنده بپردازد.

۲. گرچه عقد استصناع عقدی مستحدث نیست؛ بلکه از گذشته‌های دور وجود داشته است ولی در ماهیت آن اتفاق نظری وجود ندارد. مذاهب مالکی، شافعی و حنبلی از مذاهب اهل سنت، عمدتاً در قالب عقد سلم با حفظ همه شرایط و ویژگی‌های آن استصناع را تصحیح نمودند و تنها مذهب حنفی آن را به‌عنوان بیعی مستقل از سلم و سایر عقود، تصحیح نمود.

۳. استدلال‌های ارائه‌شده برای صحت عقد استصناع از سوی عالمان حنفیه، گرچه از سوی عالمان سایر مذاهب مورد پذیرش قرار نگرفته است ولی اگر اجماع عملی و استحسان را به عنوان ادله برای استنباط احکام شرعی بپذیریم، به علت استفاده گسترده از این عقد توسط مسلمانان و فواید گسترده‌ای آن، می‌توان به صحت عقد استصناع قائل بود. البته اگر هیچ دلیل شرعی بر صحت عقد استصناع نداشته باشیم و سیره عملی مسلمانان را نیز ناشی از جهت مسلمانی آنان ندانیم؛ سیره عملی مسلمانان نمی‌تواند، حجت شرعی باشد و البته مجرد نیاز جامعه موجب جواز امری که جایز نیست نمی‌شود؛ مگر اینکه نیاز در حد اضطرار باشد و مندوحه‌ای در بین نباشد. البته این استدلال، توان آن را ندارد که عقد استصناع را به صورت گسترده و فراگیر به کار گرفت.

۴. گرچه صریح کلام شیخ طوسی در کتاب **خلاف**، بی‌اثر بودن عقد استصناع و

بطلان آن به دلیل اجماع بر عدم وجوب تسلیم کالا، مختار بودن طرفین در انجام تعهدات متقابل و مجهول بودن کالای مورد قرارداد است، ولی تحقق اجماع کالا مورد تردید و غیرقابل استناد است و با ملاحظه قراردادهایی که در قالب عقد استصناع هم اکنون منعقد می‌شود، نیز در می‌یابیم؛ عرف عقلاء امروزه نه طرفین را پس از عقد قرارداد استصناع مختار در انجام تعهدات می‌داند و نه ویژگی‌های کالای مورد نظر را به ابهام و اجمال می‌گذارد.

۵. گرچه از فقیهان متقدم امامیه پس از شیخ الطایفه، تنها ابن‌حمزه و ابن‌سعید به عقد استصناع پرداخته‌اند ولی ظهور کلام هر دو بر خلاف کلام شیخ، صحت این عقد به صورت عقدی جایز و نه لازم است. این بدین معنی است که این دو بزرگوار مخالف بطلان عقد استصناع هستند و بنابراین اجماعی بین متقدمین از فقیهان امامیه بر بطلان عقد استصناع وجود ندارد.

۶. عقد استصناع آن‌گونه که در جامعه تحقق می‌یابد و مردم در زندگی روزمره خود با آن سروکار دارند، به طور طبیعی قابل انطباق بر سلف، اجاره و بیع نیست و ماهیت متمایزی از سایر عقود دارد.

۷. از آن‌جا که نصوص خاصی از کتاب و سنت بر فساد عقد استصناع نداریم و در عین حال سیره متشرعه با آن مساعد و مشمول عموم «اوفوا بالعقود» و اطلاق «تجاره

عن تراض» می‌شود، عقد استصناع از صحت برخوردار است.

۸. در قوانین اساسی و مدنی ما ذکری از عقد استصناع یا قرارداد پیمان نیامده است. اما بر اساس قواعد عمومی قراردادها بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی صحت و لزوم چنین قراردادی محرز است. اما در حوزه قراردادهای دولتی، با تصویب آیین‌نامه‌های شرایط عمومی پیمان و در حوزه قراردادهای خصوصی، با تصویب «لایحه پیش‌فروش ساختمان» که در واقع و تحلیل درست ماهیت حقوقی این عمل حقوقی، یک قرارداد پیمان است؛ عقد استصناع یا قرارداد پیمان وارد حوزه قانون‌گذاری شده است و یک عقد مستقل به حساب می‌آید.



## منابع

### الف) فارسی

\* قرآن مجید با ترجمه آیت الله مکارم شیرازی

۱. جعفرپور، جمشید؛ «عقد استصناع»، فصلنامه متین، شماره ۳ و ۴، تابستان و پاییز ۱۳۷۸.
۲. صادقی، محمد؛ مطالعه تطبیقی قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق؛ رساله دکتری؛ تهران: دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
۳. کميجانی، اکبر، نظرپور، محمد نقی؛ تأمین مالی طرح‌های اقتصادی از طریق اوراق استصناع و چگونگی به کار گیری آن در بازار بورس؛ مجموعه مقالات کنفرانس بین‌المللی تأمین مالی اسلامی، تهران: مرکز مطالعات تکنولوژی دانشگاه صنعتی شریف، ۱۳۸۶.
۴. گرجی، ابوالقاسم؛ تاریخ فقه و فقهاء؛ تهران: سمت، ۱۳۷۵.
۵. هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ «استصناع»؛ مجله فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)؛ شماره ۱۹ و ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۷۸.
۶. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ ج ۲، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
۷. —؛ حقوق مدنی؛ ج ۳، چ ۱۴، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۹.
۸. صفایی، سیدحسین؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ ج ۲، چ ۱۰، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۹.
۹. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۱، چ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.

## ب) عربى

١٠. ابن حمزه، ابى جعفر محمدبن على الطوسى؛ الوسيلة الى نيل الفضيلة؛ تحقيق الشيخ محمد الحسون؛ قم: مكتبة آية الله المرعشى العامة، ١٤٠٨ق.
١١. سيواسى، كمال الدين محمدبن عبدالواحد؛ شرح فتح القدير؛ بيروت، لبنان: دارالاحياء التراث العربى، [بى تا].
١٢. شاذلى، حسن على؛ «الاستصناع و موقف الفقه الاسلامى منه فى صورة عقد الاستصناع او عقد السلم»؛ مجلة مجمع الفقه الاسلامى، الدورة السابع، لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامى، العدد السابع، الجز الثانى، ١٤١٢ق، ١٩٩٢م.
١٣. شافعى، ابى عبدالله محمدابن ادريس؛ كتاب الأم؛ القايره: دارالشعب، ١٣٨٨ق، ١٩٦٨م.
١٤. حكيم، سيدمحسن؛ مستمسك العروة الوثقى؛ ج ٩، بيروت: دارالاحياء التراث العربى، [بى تا].
١٥. طوسى، ابى جعفر محمدبن الحسن؛ المبسوط؛ ج ٢، تهران: المكتبة المرتضوية، [بى تا].
١٦. —؛ كتاب الخلاف؛ ج ٣، قم: موسسه النشر الاسلامى، ١٤١١ق.
١٧. كاسانى الحنفى، علاالدين ابى بكر سعود؛ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرايع؛ بيروت: موسسة التاريخ العربى، ١٤١٧ق.
١٨. مجمع اللغة العربية؛ المعجم الوسيط؛ ج ٤، قايره: مكتبة الشروق الدولية، ١٤٢٦ق.
١٩. موسوى خويى، سيدابوالقاسم؛ مستند العروة الوثقى؛ كتاب الخمس، قم: لطفى، ١٣٦٤ق.
١٩. ابن سعيدحلى، يحيى بن احمد؛ الجامع للشرايع، به اشراف، الاستاد الشيخ جعفر السبحانى؛ قم: مؤسسه سيدالشهداء عليه السلام، ١٤٠٥ق.
٢٠. ابن منظور، ابى الفضل جمال الدين محمدبن مكرم؛ لسان العرب؛ بيروت: دار و مكتبة الهلال، [بى تا].
٢١. خويى، سيد ابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ ج ٢، ج ٣، قم: انتشارات وجدانى، ١٣٧١.
٢٢. نجفى، محمدحسن؛ جواهر الكلام؛ ج ٢٢، ج ٩، قم: دار الكتب الاسلامية، ١٣٦٨.
٢٣. احمدالبناء، محمدعلى محمد؛ القرض المصرفى؛ بيروت، لبنان: دارالكتاب العلمية، ٢٠٠٦م.
٢٤. انصارى، محمدعلى؛ الموسوعة الفقهية الميسرة؛ ج ٢، قم: مجمع الفكر الاسلامى، ١٤١٨ق.
٢٥. بخارى، ابى عبدالله محمدبن اسماعيل؛ صحيح البخارى؛ بيروت، لبنان: دارالفكر، ١٤١٨ق.
٢٦. تارزى، مصطفى كمال؛ «الاستصناع و المقاولات فى العصر الحاضر»؛ مجلة مجمع

الفقه الاسلامي، الدورة السابعة، لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، المجلد السابق، الجزء الثاني، ١٤١٢ق.

٢٧. سالوس، على احمد؛ موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة و الاقتصاد الاسلامي؛ قطر، دوحه: دارالثقافة، لبنان، بيروت: موسسه الريان، ١٤٢٦ق، ٢٠٠٥م.

٢٨. —؛ «عقد الاستصناع»؛ مجلة مجمع الفقه الاسلامي؛ الدورة السابع، لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، العدد السابع، الجز الثاني، ١٤١٢ق، ١٩٩٢م.

٢٩. سرخسي، شمس الدين؛ كتاب المبسوط؛ ج ١٣-١١، بيروت، لبنان: دارالكتب العلمية، ١٤١٤ق.



