

احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع

سیدعباس موسویان¹ / احسان بازوکار²

چکیده

آخر سال 1389 با تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان، قرارداد استصناع به قوانین ایران اضافه شد، مهم‌ترین بحثی که پس از شناخت ماهیت هر رابطه حقوقی از آن سخن به میان می‌آید، احکام و آثار فقهی و حقوقی است که وقوع آن قرارداد با خود به همراه خواهد داشت؛ چرا که هر یک از طرفین لازم است بدانند براساس عقد واقع شده بین ایشان از چه حقوقی برخوردار شده و در مقابل باید چه حقوقی را برای طرف مقابل قائل باشند. اهمیت این امر در عقد استصناع که سابقه چندانی در حقوق ایران نداشته و از احکام و آثار آن به طور خاص سخنی به میان نیامده است، دوچندان خواهد بود.

در این تحقیق که از نوع نظری و به روش کتابخانه‌ای صورت گرفته است برآنیم تا ابتدا به جهت سابقه تاریخی بحث به بیان و بررسی احکام و آثار عقد استصناع در فقه و حقوق اهل سنت پرداخته، سپس این مسئله را براساس دیدگاهی که استصناع را قراردادی مستقل از سایر عقود معین دانسته و در ذیل عقود غیرمعین قابل تعریف می‌داند، از نقطه نظر حقوق ایران که مبتنی بر فقه امامیه است، تحلیل نماییم. بدیهی است که با توجه به تفاوت دیدگاه امامیه و اهل سنت به ماهیت این قرارداد و دلیل اعتبار آن، از حیث احکام و آثار نیز شاهد اختلافاتی در این زمینه باشیم.

واژگان کلیدی: استصناع، قرارداد ساخت، احکام حقوقی، آثار حقوقی.

طبقه‌بندی موضوعی: K22, Z12.

1. دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

2. دانشجوی دکتری رشته معارف اسلامی و حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع)

مقدمه

در کنار بحث از ماهیت هر قراردادی یکی از مهم‌ترین مسائلی که در مورد عقود همواره مطرح بوده، احکام و آثار فقهی و حقوقی است که آن عقد به دنبال خواهد داشت و همان‌طور که می‌دانیم ضرورت بحث از این امور در عقود غیر معین دو چندان خواهد بود؛ چراکه برای این عقود برخلاف عقود معین، احکام و آثاری در قانون پیش بینی نشده است و در صورت عدم تعیین این موارد طرفین قرارداد بدون توجه به آثار، آن عقد را منعقد خواهند کرد که مشکلات حقوقی فراوانی را در پی خواهد داشت. بنابراین ضروری است که پس از تعیین ماهیت یک قرارداد، به بحث از احکام و آثار آن قرارداد بپردازیم تا از بروز مشکلات حقوقی در مراحل بعدی انعقاد عقد جلوگیری نماییم.

با وجود بحث‌هایی که در رابطه با ماهیت و اعتبار قرارداد استصناع از سوی فقها و حقوق‌دانان صورت گرفته است، تاکنون اثری در رابطه با احکام و آثار استصناع به صورت خاص تدوین نشده است، بلکه تنها افرادی که در زمینه این رابطه حقوقی سخن گفته‌اند، اکثر بحث خود را به ماهیت و اعتبار آن اختصاص داده و به برخی احکام آن در ضمن بحث اصلی و به فراخور مطلب اشاره نموده‌اند.

بنابراین در این تحقیق سعی شده است که با پذیرش استصناع به عنوان قراردادی مستقل از سایر عقود معین براساس ماده 10 ق.م (به سبب عدم انطباق این قرارداد با هیچ‌یک از عقود معین و ارتکاز عرفی موجود در رابطه با این عقد)، از احکام و آثار حقوقی که این قرارداد پس از شکل‌گیری برای طرفین به همراه خواهد داشت، به صورت مبسوط سخن به میان آید.

بر این اساس، مقاله چند بخش اصلی دارد؛ بعد از بیان پیشینه تحقیق، ابتدا به احکام و آثار این قرارداد در مذاهب مختلف اهل سنت که سابقه بیشتری در زمینه موضوع مورد بحث دارند پرداخته، سپس دیدگاه فقهای امامیه پیرامون قرارداد استصناع را تبیین نموده، آنگاه براساس دیدگاه منتخب در مورد قرارداد استصناع، احکام و آثار این قرارداد را مورد بررسی قرار می‌دهیم. در نهایت نیز به قراردادهایی که شباهت بسیاری به عقد استصناع داشته و مورد بحث حقوق‌دانان ایرانی قرار گرفته است، اشاره‌ای خواهیم داشت.

لازم به ذکر است از آنجا که عقود معین دارای احکام و آثار مشخصی هستند که در منابع مختلف به آن اشاره شده است. از بیان این امور براساس دیدگاه‌هایی که این عقد را در قالب یکی از عقود معین یا چند عقد از این نوع تحلیل می‌کنند، خودداری می‌نماییم.

پیشینه تحقیق

قبل از پرداختن به موضوع لازم است به آثار محققان و صاحب نظران دیگر که در موضوع مورد بحث به بیان دیدگاه خود پرداخته‌اند، اشاره مختصری داشته باشیم.

آیت‌الله مومن قمی (1376) در مقاله «استصناع (قرارداد سفارش ساخت)» پس از بیان دیدگاه‌های مختلف فقهای امامیه و عامه، برای انواع استصناع ماهیت‌های فقهی - حقوقی متفاوت قائل شده و هر گروه را تحت یکی از عناوین عقود، قابل بررسی می‌داند.

آیت‌الله هاشمی شاهرودی (1378) در مقاله خود که با عنوان «استصناع (سفارش ساخت کالا)» به چاپ رسیده، به بیان دیدگاه‌های مختلف در این باب و اشکالاتی که به هر دیدگاه وارد شده و همچنین پاسخ به برخی از اشکالات مطروح شده پرداخته است.

جعفرپور (1378) در مقاله‌ای تحت عنوان «بیع استصناع»، به بیان دیدگاه‌های مختلف و نقد آن پرداخته و در پایان استصناع را همان بیع سلم معرفی کرده و شرط قبض در بیع سلم را منتفی می‌داند. سیفی زیناب (1388) نیز در مقاله‌ای با عنوان «استصناع در فقه و حقوق ایران»، به این موضوع از حیث فقهی و تا حدودی حقوقی پرداخته و بیشتر به بیان دیدگاه‌های فقهای اهل سنت بویژه حنفیان در این زمینه اشاره داشته است.

علاوه بر موارد فوق با توجه به کاربردی که این عقد می‌تواند در روابط اقتصادی داشته باشد، این موضوع مورد توجه اقتصاددانان مسلمان نیز قرار گرفته و مقالاتی در این زمینه تألیف نموده‌اند که البته قسمتی از آن به موضوع ماهیت استصناع از جهت فقهی نیز اشاره دارد. این موارد عبارتند از:

موسویان (1386) در مقاله‌ای تحت عنوان «اوراق بهادار استصناع، مکمل بازار سرمایه ایران» بعد از مروری بر ماهیت فقهی قرارداد استصناع و بیان دیدگاه‌های فقهی به طراحی اوراق بهادار استصناع جهت استفاده در بازارهای مالی می‌پردازد.

نظرپور (1387) در مقاله‌ای تحت عنوان «چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا» که مستخرج از پایان نامه ایشان است، قسمتی را به بحث ماهیت استصناع از لحاظ فقهی اختصاص داده و سپس به کاربرد این ابزار در بانک‌داری بدون ربا و تخصیص منابع از این طریق می‌پردازد.

همان‌طور که مشاهده می‌شود، ابتدا آنکه آثار مذکور بیشتر به جنبه‌های فقهی و اقتصادی موضوع پرداخته و سعی داشته است تا به نحوی به تصحیح استصناع به عنوان یکی از عقود متداول و یا در قالب عقد مستقل نائل آید و کمتر در صدد پرداختن به جنبه‌های حقوقی موضوع بوده است؛ دوم آنکه این

پژوهش‌ها به طور مستقل قصد بررسی احکام و آثار قرارداد استصناع را نداشته، بلکه در ضمن بیان دلایل اعتبار و ماهیت عقد مذکور، اشاراتی به این مسائل نیز نموده‌اند. بنابراین با توجه به نام بردن از این عقد در قوانین جدید، به ویژه قانون برنامه پنجم توسعه و در نتیجه کاربرد بیش از پیش آن، ضرورت دارد که به این موضوع از نگاه حقوقی پرداخته شده و ابعاد مختلف آن از این حیث نیز مورد بررسی واقع شود.

احکام و آثار عقد استصناع در دیدگاه‌های مختلف فقهی و حقوقی

قرارداد استصناع گرچه به تازگی وارد قوانین ایران شده است، اما این عقد، قراردادی نیست که به تازه‌گی شکل گرفته باشد بلکه از زمان‌های گذشته بین مردم مرسوم بوده و افراد در روابط اقتصادی خود از آن استفاده می‌کردند و بر اساس آن، از فردی که مهارت خاصی در زمینه‌ای داشته، درخواست می‌نمودند تا برای آنها کالایی متناسب با ویژگی‌هایی که تعیین می‌کنند، بسازد. پس از اسلام نیز این قرارداد بین مسلمانان مرسوم بوده و مطابق برخی نقل‌ها، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله سفارش ساخت منبر به نجار (همدانی، بی تا: 231) و انگشتر به زرگر (ابن حجر، 1404، ج 2: 279) داده بودند.

در گذشته این قرارداد معمولاً برای روابط ساده اقتصادی نظیر ساخت کفش، ظرف، شمشیر و غیره مورد استفاده قرار می‌گرفت اما به مرور زمان، موضوع قرارداد استصناع به تناسب پیشرفت صنعت و فناوری توسعه یافته است و امروزه شامل انواع سفارش ساخت کشتی، هواپیما، قطار، فرودگاه، سد، بزرگراه، بیمارستان، دانشگاه و کالاها و طرح‌های مشابه می‌شود (موسویان، 1386 الف: 389).

بنابراین از آنجایی که این عقد در روابط میان مسلمانان معمول بوده، فقها و حقوق‌دانان مسلمان در عصرهای مختلف به بررسی ماهیت و احکام آن پرداخته‌اند و ما در این مقام احکام و آثار این قرارداد را ابتدا براساس دیدگاه‌های مختلف و سپس به صورت مبسوط براساس دیدگاه برگزیده بیان خواهیم کرد.

الف - فقه مالکی و شافعی و حنبلی

مالکی‌ها استصناع را نوعی عقد سلف می‌دانند و احکام آن را در استصناع جاری می‌کنند. بنابراین، استصناع را در صورتی صحیح می‌دانند که کل مبلغی که باید سفارش دهنده (مستصنع) به عنوان

عوض به صانع بپردازد، در اول عقد به او تأدیه گردد و مؤجل بودن آن را باعث بطلان استصناع می‌دانند (اوقاف، 1414 ه. ق، ج 3: 326). لازم به ذکر است که مالکی‌ها تأخیر پرداخت ثمن را تا سه روز جایز و آن را در حکم نقد می‌دانند (الزحیلی، 1412 ه. ق، ج 7: 317).

شافعی نیز در کتاب «الام» استصناع را در ضمن فروعات سلف بحث کرده و سایر علمای شافعی به پیروی از وی، استصناع را جزء فروعات عقد بیع سلم دانسته و آن را عقد مستقل نمی‌دانند و اظهار می‌دارند که سلم عنوانی عام است که شامل مصنوعات و غیر از آن می‌شود و استصناع خاص در مصنوعات است (اوقاف، 1414 ه. ق، ج 3: 326) بنابراین همان احکام و آثار عقد سلم در آن جاری خواهد شد.

همچنین حنابله استصناع را همان بیع سلم می‌دانند (اوقاف، 1414 ه. ق، ج 3: 327) و از فقهای حنابله، ابن قدامه در کتاب «المغنی»، صحت استصناع را مشروط به داشتن شرایط سلم دانسته است (سالوسی، 1412 ه. ق، ج 7: 269).

ب- فقه حنفی

در میان حنفی‌ها، فقهای متعددی به بحث از استصناع پرداخته و درباره ماهیت و ویژگی‌های آن و در همچنین آثاری که بر این عقد مترتب می‌شود، سخن به میان آورده‌اند. حنفی‌ها استصناع را بیعی مستقل دانسته و در کنار بیع نقد، نسیه و سلف از آن نام می‌برند و احکام مخصوص به خود را برای آن در نظر گرفته‌اند که این احکام و آثار عبارتند از:

1- جواز استصناع

در مذهب حنفیه اکثر صاحب نظران معتقدند که استصناع جزء عقود جایز است و برای این دیدگاه دلایلی را نیز ارائه کرده‌اند.

- سرخسی در «المبسوط» اظهار داشته است: «هرگاه سازنده به سفارش عمل کند و پیش از آنکه سفارش دهنده کالای ساخته شده را ببیند، آن را بفروشد، فروش آن به دیگری جایز است؛ زیرا قرارداد هنوز مشخص نشده است. لکن هرگاه سازنده، آن کالا را آماده کند و به رؤیت سفارش دهنده برساند، وی مخیر است [که آن را بپذیرد و یا رد کند]؛ زیرا او چیزی را خریداری کرده که آن را

ندیده است. پیامبر (ص) فرمود: «هر کس چیزی را بخرد که آن را ندیده است، زمانی که آن را می بیند، در پذیرش و یا رد آن [مخیر خواهد بود (سرخسی، 1403 ق، ج 12: 139)].

بنابراین این دیدگاه که استصناع را عقدی جایز می داند، همانند سایر عقود جایز، در صورت فوت هریک از طرفین یا جنون یا سفه آنها معامله باطل خواهد شد.

البته در مقابل دیدگاه اکثریت، بعضی از فقهای حنفی، بر این عقیده اند که استصناع عقدی لازم بوده و سفارش دهنده هیچ گونه حقی برای برهم زدن معامله نخواهد داشت.

- ابویوسف که از علمای حنفی است اظهار می دارد: هرگاه صاحب صنعت، کالای سفارش شده (مثلاً کفش) را با همان ویژگی که بیشتر توصیف کرده است بیاورد، سفارش دهنده، خیار نخواهد داشت؛ زیرا خیار، موجب زیان سازنده می شود و چرم و ابزارش از بین می رود و چه بسا فرد دیگری این کالا را با آن ویژگی خریداری نکند (سرخسی، 1403 ق، ج 12: 139).

2- تعیین مدت استصناع

اکثر فقهای حنفی قائل به این مطلب هستند که چنانچه در عقد استصناع أجلی تعیین شود، آن عقد به سلم تبدیل خواهد شد.

- ابوحنیفه در این رابطه اظهار می دارد: این قرارداد (استصناعی که در آن أجل تعیین شده باشد)، فروش کالایی است که حاضر نیست و این، جز معامله سلم چیز دیگری نخواهد بود و مانند آن است که واژه «سلم» در قرارداد ذکر شود.

- سرخسی در این زمینه اظهار می دارد: «اگر برای سفارش ساخت مدتی را تعیین کنند و آن صنعت هم شناخته شده باشد، این قرارداد بر طبق نظریه ابوحنیفه، از نوع معامله سلم (پیش فروش و پیش خرید کردن) خواهد بود و باید شرایط سلم را داشته باشد؛ از جمله این شرایط، قبض سرمایه (قیمت) در مجلس عقد است. در این نوع خرید و فروش، هرگاه فروشنده کالای مورد معامله را حاضر کند، خیار ساقط می شود (سرخسی، 1403 ق، ج 12: 139).

ولی در مقابل عده ای از حنفی ها معتقدند، ذکر مدت در عقد استصناع آن را تبدیل به سلم نخواهد کرد، بلکه در این صورت باید تعیین مدت را بر معنای دیگری غیر از تعیین أجل حمل کرد.

- ابویوسف و محمد بن سلمه در این زمینه اظهار می دارد: «در این صورت، همان قرارداد سفارش ساخت است؛ چراکه تعیین مدت در این قرارداد، نشان دهنده آسان گرفتن و به تأخیر انداختن مطالبه است و قرارداد را از یک نوع به نوعی دیگر تبدیل نمی کند. اگر سفارش ساخت با ذکر مدت به «سلم»

تبدیل شود، باید سلم نیز با حذف مدت به سفارش ساخت مبدل گردد و اگر چنین شود، این معامله سلم، باطل خواهد بود؛ زیرا در این قرارداد، شرط شده که (کالای مورد نظر) عیناً ساخت فلان سازنده باشد و این موجب بطلان معامله سلم می‌شود» (سرخسی، 1403 ق، ج 12: 139-140).

3- مورد معامله

براساس دیدگاه حنفیه، مورد معامله باید از مواردی باشد که صناعت در آن شرط است. به علاوه استصناع را باید تنها در همان کالاهایی که استصناع در آنها متعارف است، محدود کرد. در کتاب موسوعه الفقهیه درباره علت این شرط چنین آمده است: «زیرا در آنچه که تاکنون با استصناع معامله نشده است، به قیاس رجوع می‌کنیم و براساس قیاس باید آن را بر معامله سلف حمل نمود و احکام سلف را بر آن جاری دانست» (اوقاف، 1414 ه.ق، ج 3: 328).

- ابوحنیفه در این رابطه بیان می‌دارد که: «موارد استصناع را باید صرفاً به کالاهایی که استصناع در آنها متعارف است از قبیل کلاه و کفش و ظروف و مانند آن محدود کرد؛ چراکه استصناع مخالف با قیاس بوده و صحت آن براساس استحسان ثابت می‌شود» (سرخسی، 1403 ق، ج 15: 85) بنابراین به سایر موارد قابل تسری نیست.

علاوه بر ویژگی فوق در رابطه با مورد معامله چنین بیان شده است که در قرارداد استصناع به طور معمول کالای مورد نظر (موضوع استصناع) موجود نیست و سازنده در آینده آن را ساخته و تحویل می‌دهد و چنانچه موضوع در زمان معامله موجود باشد، معامله بیع ساده است و از حیطة استصناع خارج خواهد بود (سرخسی، 1403 ق، ج 12: 138).

ج: حقوق حنفی

همان طور که بحث از عقد استصناع در بین فقهای حنفی، نسبت به سایر مذاهب، سابقه بیشتری داشته و احکام مختلف آن به نحو مبسوط‌تری مورد بررسی قرار گرفته است، در میان حقوق‌دانان حنفی نیز این بحث جایگاه ویژه‌ای داشته و در ضمن انواع بیع به بیان عقد استصناع و احکام و آثار آن اشاره‌ای داشته‌اند که به مسائل مرتبط با این عقد خواهیم پرداخت.

1- قانون المجله

شاید بتوان گفت که اولین بحث حقوقی در زمینه استصناع را می‌توان در قانون المجله که قانون دولت عثمانی بوده و تابع عقاید حنفیه است، یافت. در این قانون علاوه بر ذکر استصناع به عنوان یکی از انواع بیع، قانون‌گذار بخشی را به این موضوع اختصاص داده و در آن بخش به بیان احکام و آثار حقوقی این عقد پرداخته است. لذا ما در این قسمت به مواد مرتبط با استصناع در قانون المجله و توضیحاتی که شارح المجله در رابطه با آن مواد بیان کرده، اشاره‌ای خواهیم داشت.

1-1- تعریف استصناع

در ماده 124 قانون المجله پس از ذکر مواد مرتبط با بیع، درباره استصناع چنین بیان شده است: «استصناع عقدی است که بر مبنای مقاوله با صنعتگر منعقد می‌گردد تا کالایی را بسازد. به سازنده کالا، صانع و به مشتری مستصنع و به کالایی که ساخته می‌شود، مصنوع گویند.»¹ شارح المجله در توضیح این ماده می‌نویسد: «شرط استصناع این است که عین مال و عمل از صانع باشد؛ پس اگر عین کالا از مستصنع باشد، عقد اجاره خواهد بود.»²

همان‌طور که می‌بینیم قانون‌گذار در این ماده، به بیان تعریفی از ماهیت استصناع پرداخته که برطبق آن، این قرارداد دارای ویژگی‌های زیر است:

1. نوع رابطه حقوقی: در عبارت فوق‌الذکر قانون‌گذار استصناع را عقد می‌داند، لذا نیاز به ایجاب و قبول طرفین دارد. در ادامه عبارت از کلمه مقاوله استفاده می‌شود، مقاوله در عبارات فقهی به معنای مذاکرات قبل از عقد است (جعفری لنگرودی، 1385: 676) بنابراین استصناع عقدی است که بر مبنای مقاوله شکل گرفته است. در رابطه با لزوم یا جواز عقد استصناع، در این عبارت قانون‌گذار سخنی به میان نمی‌آورد ولی در مواد بعدی به آن نیز خواهد پرداخت.
2. موضوع عقد: در عبارت ماده قانونی، موضوع عقد، ساختن کالا بیان شده که به آن اصطلاحاً «مصنوع» قرارداد استصناع گویند. لذا چنانچه مورد معامله انجام خدمتی باشد و یا اگر کالا است، قبلاً ساخته شده باشد، به ترتیب اجاره یا بیع خواهد بود نه استصناع.

1. الاستصناع عقد مقاوله مع صاحب الصنعه علی أن يعمل شيئاً، فالعامل صانع و المشتري مستصنع و الشيء مصنوع

2. و شرطه أن تكون العين و العمل من الصانع، فان كانت العين من المستصنع كان العقد الاجاره

شارح قانون المجله همان‌طور که گفتیم دربارهٔ مورد معامله رعایت این شرط که عین آنچه که سازنده با آن کالا را آماده می‌کند متعلق به خود او باشد را ضروری می‌داند. در نتیجه اگر این شرط رعایت نشود، عقد استصناع نخواهد بود، بلکه اجارهٔ اشخاص است.

3. طرفین معامله: قانون‌گذار المجله دربارهٔ طرفین عقد استصناع به معرفی آن‌ها پرداخته و بیان می‌دارد: در این قرارداد اصطلاحاً به کسی که کار را انجام می‌دهد و شیئی را می‌سازد، «صانع» و به مشتری که سفارش کالا را داده، «مستصنع» گویند.

2-1- انعقاد استصناع

قانون المجله در مادهٔ 388 چنین آورده است: «هرگاه فردی به صنعت‌گری بگوید برای من فلان شیء را در مقابل فلان مبلغ بساز و صنعت‌گر قبول نماید، بیع استصناع منعقد شده است.» این ماده از المجله به چگونگی شکل‌گیری عقد استصناع اشاره می‌کند و براساس آن، برای انعقاد این عقد نیاز به هیچ تشریفات دیگری نظیر لزوم پرداخت ثمن در مجلس که از لوازم عقد سلم است، نمی‌باشد.

سلیم باز، شارح المجله در توضیح این ماده به این مطلب اشاره می‌کند که آنچه تحت عنوان استصناع واقع می‌شود، به خودی خود بیعی صحیح است نه اینکه استصناع تنها وعده‌ای باشد و پس از این که کالا ساخته و تحویل شد، بیع واقع شود؛ چراکه اگر استصناع تنها وعده بر بیع باشد، هرکدام از طرفین قرارداد می‌توانند از انجام تعهد خود سرباز زنند، در حالی که همان‌طور که مشاهده خواهیم کرد، استصناع قراردادی لازم بوده و طرفین ملتزم به تعهدات خود هستند (سلیم باز، 1305: 219).

شارح المجله پس از مطلب فوق که براساس آن استصناع را بیع می‌داند، به ایرادی که در النهر به این مطلب شده اشاره کرده و آن را پاسخ می‌دهد. وی می‌نویسد، در النهر چنین آمده که عقد استصناع با فوت صانع باطل شده و از بین می‌رود و این نتیجه با این که استصناع بیع باشد، منافات خواهد داشت؛ چراکه در بیع، پس از انعقاد قرارداد، معامله برهم نمی‌خورد. وی در پاسخ به این اشکال بیان می‌کند که علت بطلان استصناع پس از موت صانع این است که استصناع به اجاره شباهت دارد و همان‌گونه که در عقد اجارهٔ اشخاص، با فوت اجیر عقد باطل است، به همین ترتیب با فوت صانع نیز استصناع باطل می‌شود. همچنین نویسندهٔ کتاب به دیدگاه صاحب کتاب الذخیره اشاره می‌نماید؛ چرا که نویسنده این کتاب معتقد است استصناع در ابتدا عقد اجاره است و در انتها تبدیل به بیع می‌شود، اما این تبدیل قبل از تسلیم مستصنع است، نه هنگام تسلیم کالا به او.

وی همچنین دربارهٔ مبیع در عقد استصناع می‌نویسد، مبیع در عقد استصناع بنا بر قول اصح، آن عین است نه این که عمل صانع موضوع عقد باشد. لذا چنانچه صانع کالایی را که فردی غیر از خودش آن را ساخته و یا کالایی را که قبل از عقد ساخته بوده، به مستصنع تحویل دهد و او نیز کالا را اخذ کند، معامله صحیح خواهد بود؛ زیرا موضوع معامله عین کالا است نه عمل صانع (سلیم باز، 1305).

3-1= موارد استصناع

در مادهٔ 389، آنچنان که رستم باز دربارهٔ موارد استصناع بیان می‌کند؛ هرآنچه که بر طلب ساخت آن معامله‌ای صورت گرفته باشد، نظیر کفش و ظروف ساخته شده از طلا و آهن و ...، انعقاد عقد استصناع بر آن صحیح است؛ خواه در آن مدت تعیین شده باشد یا نشده باشد. اما آنچه که بر ساخت آن معامله صورت نمی‌گیرد، چنانچه مدت در آن تعیین شده باشد، از مصادیق سلم خواهد بود؛ لذا باید شروط سلم از جمله قبض ثمن در مجلس رعایت شود. اما چنانچه در این موارد نیز مدت تعیین نشود، از موارد استصناع خواهد بود. البته لازم به ذکر است که در صورتی بیان مدت آن را از موارد سلم قرار خواهد داد که مدت تعیین شده، بر مبنای مهلت دادن باشد؛ اما چنانچه ذکر مدت بر اساس این باشد که از صانع بخواهد در ساخت آن کالا تعجیل کند، در این صورت هم استصناع خواهد بود نه سلم (سلیم باز، 1305).

4-1- رفع جهالت در عقد استصناع

از آنجائی که در عقد استصناع مبیع در زمان وقوع عقد موجود نمی‌باشد، برای رفع جهالت از موضوع معامله و دفع غرر لازم است ویژگی‌های مبیع به طور کامل تعیین شود تا مستصنع بدانند در مقابل چه چیزی عوض پرداخت می‌کند و صانع از ویژگی‌های کالایی که باید بسازد، آگاه باشد (ماده 390 قانون المجله) بدین منظور در هنگام وقوع عقد باید سفارش دهنده، جنس، وصف، نوع و مقدار مورد معامله را تعیین کند و می‌توان گفت از این حیث عقد استصناع شبیه به سلم یا بیع کلی است.

5-1- پرداخت ثمن

قانون‌گذار در مادهٔ 391 وجه تفاوت استصناع و سلم را بیان کرده و اظهار می‌دارد برخلاف سلم که لازم است ثمن در مجلس عقد به طرف مقابل پرداخت شود، در استصناع، مستصنع اجباری به پرداخت ثمن حین المجلس ندارد. البته می‌تواند ثمن را به صورت حال پرداخت کند؛ ولی چنین چیزی در استصناع معمول نیست.

شارح المجله ذیل این ماده می‌نویسد، چنان‌که پیش از این بیان نمودیم، در مواردی قرارداد تبدیل به سلم می‌شود (در صورت تعیین مدت). در این صورت، لازم است قبل از جدایی طرفین ثمن پرداخت گردد (سلیم باز، 1305).

6-1- لزوم استصناع

«زمانی که استصناع منعقد می‌شود، هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند از آن رجوع کنند، اما در صورتی که کالای ساخته شده، خصوصیات کالای سفارش داده شده توسط مستصنع را نداشته باشد، مستصنع خیار فسخ دارد» (ماده 392).

قانون المجله با وجود اینکه قانونی مبتنی بر فقه حنفیه محسوب می‌شود، برخلاف دیدگاه مشهور حنفی‌ها که استصناع را عقدی جایز می‌دانند، به صراحت بر عدم امکان رجوع از این قرارداد برای طرفین اشاره کرده است که این امر دلالت بر لزوم عقد مذکور دارد.

البته قانون در ادامه حالتی را از این قاعده کلی استثناء کرده و اظهار می‌دارد؛ چنانچه «مصنوع»، اوصاف مورد نظر مستصنع را که قبلاً آن را به صراحت مشخص نموده نداشته باشد، مستصنع می‌تواند معامله را به هم زده و یا مصنوع را با همان ویژگی‌ها بپذیرد. شارح قانون در توضیح این مطلب می‌افزاید علت اینکه گفته شده مستصنع مخیر خواهد بود، این است که اوصاف کالا که سبب تهییج و تحریک مستصنع شده بود و در وی برای خرید کالا رغبت ایجاد کرده، با ساختن کالایی برخلاف آن ویژگی‌ها از بین رفته است؛ لذا سفارش دهنده می‌تواند از قبول آن خودداری کند (سلیم باز، 1305 : 221).

بنابراین با توجه به علتی که برای امکان رجوع مستصنع بیان شد، به این نتیجه می‌رسیم که در هیچ صورتی برای صانع امکان رجوع وجود نخواهد داشت؛ چراکه به صورت مشخص، کالایی که باید به او تحویل داده شود در ابتدای عقد تعیین شده است و اگر خلاف این باشد، عقد باطل خواهد بود. همان‌طور که پیش از این نیز بیان نمودیم، عقد استصناع برخلاف بیع، با فوت صانع و یا مستصنع باطل خواهد شد و علت این امر نیز آن است که استصناع از جهاتی به اجاره شبیه بوده و احکامی شبیه به اجاره در آن جاری است.

7-1- تهیه مواد و لوازم توسط سازنده

در قرارداد استصناع تهیه مواد اولیه و لوازم کار به عهده سازنده است؛ چراکه اگر مواد و لوازم توسط طرف دیگر معامله فراهم شود، قرارداد اجاره اشخاص خواهد بود نه استصناع (سلیم باز، 1305 : 69).

2- دیدگاه سنهوری

سنهوری مشهورترین حقوقدان مصری در کتاب مصادر الحق خود که به مقایسه حقوق اسلامی و حقوق غربی پرداخته است، در ذیل بحث از معامله کالایی که در زمان انعقاد عقد موجود نیست ولی در آینده به وجود خواهد آمد، پس از ذکر بیع سلم از استصناع نام برده و درباره احکام و آثار آن به بحث می‌پردازد.

2-1- معلوم بودن مورد استصناع

این حقوقدان بزرگ مصری پس از بحث درباره ماهیت استصناع و بیان تفاوت آن با سلم و اجاره اشخاص، بیان جنس، نوع، اندازه و وصف مبیع را برای صحت استصناع لازم می‌داند؛ چراکه مبیع در این قرارداد وجود خارجی نداشته و از طریق ذکر موارد فوق معلوم می‌گردد و در صورت عدم ذکر این موارد معامله باطل خواهد بود (سنهوری، 1998).

2-2- مورد عقد استصناع

وی درباره مواردی که می‌توان بر آن عقد استصناع را منعقد کرد می‌گوید: از آنجا که استصناع براساس استحسان جایز است، نه براساس قیاس و علت استحسان این است که مردم در تمام اعصار براساس آن معامله می‌کردند و مورد نهی قرار نمی‌گرفتند و بنابراین اجماع بر جواز آن شکل گرفته است، در نتیجه استصناع تنها درباره مواردی نظیر کفش و ظروف که مردم با استصناع بر آن معامله می‌کردند صحیح است و استفاده از آن در مواردی که بر آن معامله نشده جایز نیست؛ زیرا در مواردی که معامله استصناع بر روی آن صورت نگرفته لازم است از قیاس استفاده شود و ما اگر بخواهیم بر مبنای قیاس عمل کنیم، باید حکم به بطلان چنین معامله‌ای بدهیم؛ چراکه بیع شیء معدوم باطل است (سنهوری، 1998).

2-3- لزوم و جواز عقد:

وی انعقاد عقد استصناع را با تحقق ایجاب و قبول از سوی مستصنع و صانع دانسته و برای این عقد دو مرحله تصور می‌کند:

1. مرحله اول از زمان انعقاد عقد است تا زمانی که مستصنع کالای ساخته شده را می‌بیند.

2. مرحله دوم زمانی است که این رؤیت اتفاق می‌افتد.

در مرحله اول عقد از سوی طرفین معامله جایز است؛ به نحوی که صانع می‌تواند از ساختن کالا خودداری کند و یا کالا را قبل از اینکه مستصنع ببیند، به دیگری بفروشد. و از سوی دیگر، مستصنع نیز می‌تواند قبل از رؤیت مصنوع، از عقد رجوع کند.

در مرحله دوم یعنی بعد از رؤیت مصنوع توسط مستصنع، اختیار بر هم زدن معامله تنها برای مستصنع خواهد بود نه برای صانع و علت این است که کالایی که قرار است ساخته شود، گرچه در زمان عقد معدوم است (وجود ندارد)؛ اما به سبب استحسان، شرعاً موجود در نظر گرفته می‌شود و چنانچه فردی کالایی بخرد که قبلاً آن را ندیده است، هنگامی که آن را مشاهده کند، خیار خواهد داشت. اما بایع همان‌طور که گفتیم در این مرحله خیار ندارد، چراکه کالایی را فروخته که ندیده است و چنین شخصی خیار ندارد.

علت حکم به جواز عقد از سوی مستصنع این است که اگر حکم به لزوم از طرف او دهیم به ضرر وی خواهد بود؛ چراکه ممکن است صانع مصنوع را به خوبی نساخته باشد و یا مستصنع نسبت به آنچه صانع ساخته رضایت نداشته باشد. لذا اگر قائل به لزوم عقد باشیم و مستصنع بخواهد با پول خود کالا را از دیگری بخرد، به ضرر وی خواهد بود. اما در مقابل لازم بودن عقد از جانب صانع به ضرر وی تمام نمی‌شود؛ چراکه اگر مستصنع رضایت به مصنوع نداد، وی می‌تواند کالا را به دیگری بفروشد (سنهوری، 1998).

2-4- تعیین مدت در استصناع

آنچه در باب استصناع گفتیم در صورتی است که اجلی برای تحویل آن تعیین نکرده باشیم، بنابراین چنانچه مهلتی تعیین شده باشد، براساس رأی ابوحنیفه تبدیل به بیع سلم خواهد شد. بنابراین باید شرایط سلم در آن رعایت گردد. در نتیجه باید ثمن را در مجلس پرداخت کند و این معامله حتی در آنچه که نسبت به آن قبلاً قرارداد ساخت متداول نبوده، صحیح خواهد بود و معامله از دو طرف لازم است و هیچ کدام خیاری برای برهم زدن قرارداد ندارند. در مقابل عده‌ای قائلند که در صورت تعیین مدت در چنین مواردی استصناع به قوت خود باقی خواهد بود ولیکن مدت را برای تعجیل در نظر می‌گیریم نه أجل تا تبدیل به عقد سلم شود (سنهوری، 1998).

2-5- ایوادات استصناع

سنهوری در پایان بحث از استصناع متذکر این مطلب می‌شود که با فرض رعایت تمام مسائلی که برای استصناع بیان داشتیم، دو عیب عمده در این عقد وجود دارد که عبارتند از:

1. همان‌طور که دیدیم این عقد در مرحله اول از سوی دو طرف معامله جایز است؛ بنابراین به وعده نزدیک‌تر است تا به بیع، کما اینکه برخی از فقها آن را وعده به انجام معامله دانسته‌اند. البته باید گفت که ابویوسف به نحو قاطع و محکم قائل به لزوم استصناع از ابتدای وقوع عقد است.
2. در صورتی که برای آن أجل و مدتی تعیین شود، تبدیل به عقد سلم خواهد شد و در نتیجه ثمن باید فوراً پرداخت گردد (سنهوری، 1998).

د - فقه امامیه

پس از بیان دیدگاه‌های اهل سنت درباره ماهیت استصناع، به بیان نظرات فقهای امامیه می‌پردازیم. برای این منظور استفتائی تنظیم و نظر فقهای معاصر امامیه پیرامون عقد استصناع درخواست شده است. سؤالات مطرح شده و پاسخ فقها در این رابطه به شرح زیر است (نظریور، 1387: 88).

"چنانکه مستحضرید گاهی مردم عادی یا بنگاه‌های اقتصادی برای تهیه کالاهای مورد نیاز خود به سازنده آن کالاها سفارش ساخت می‌دهند. مانند سفارش ساخت در، پنجره، اتومبیل، کشتی، هواپیما، خانه، بیمارستان. در این موارد سازنده طی قراردادی متعهد می‌شود، کالای مورد نظر را با مشخصات معین ساخته در تاریخ مشخص تحویل دهد و سفارش دهنده نیز متعهد می‌شود مبلغ معینی را طبق زمان‌بندی مشخص پردازد (برای مثال 25٪ پیش پرداخت، 50٪ زمان تحویل و 25٪ بعد از دو ماه پس از تحویل). در این قراردادها بطور معمول مواد اولیه و مصالح به عهده سازنده است. مستدعی است نسبت به سؤالات زیر راهنمایی فرمایید:

س 1: آیا چنین قراردادی صحیح است؟

س 2: آیا این قرارداد که در کشورهای عربی به عقد استصناع معروف است در قالب یکی از

عقود متعارف قرار می‌گیرد یا عقد مستقلی است؟

س 3: در صورتی که عقد استصناع عقد مستقل باشد، آیا عقد لازم است یا عقد جایز؟"

در پاسخ به این سؤالات مراجع تقلید چنین پاسخ داده‌اند:

آیت الله بهجت: عقد مذکور عقد اجاره است که استیجار کرده و شرایط اجاره را دارد و اگر عمل نکند به مقدار عمل اجرت می‌گیرد.

آیت الله جوادی آملی: عقد مزبور هرچند مرکب از چند عقد است، اما اگر مجموعاً تحت یک عقد قرار گیرند، مصداق یکی از عقود متعارف نبوده و عقد مستقل، صحیح و لازم الطرفین است.

آیت الله خامنه‌ای: ج 1) قرارداد مزبور از مصادیق بیع و شراء است و مشمول ادله صحّت و نفوذ بیع است. ج 2) عنوان بیع و شراء بر آن منطبق است، اگر چه شرایط بیع نسیه و بیع سلف را ندارد؛ زیرا شرایط مذکوره شرایط حکم است، نه قصد مقوم موضوع ج 3) عقد لازم است.

آیت الله صافی گلپایگانی: عقد پیش گفته می‌تواند تحت عنوان صلح، صحیح باشد و اگر این عقد واجد شرایط صلح باشد از عقود لازمه است.

آیت الله فاضل لنکرانی: ظاهراً عقد مستقل به حساب آمده، مگر اینکه خیار در آن قرار دهند یا مشمول خیارات عامه باشد و شرایط کلی صحت معاملات، از جمله عدم جهالت باید در آن رعایت شود.

آیت الله مکارم شیرازی: در صورتی این قرارداد صحیح است که جنس مورد نظر از تمام جهات تعیین شود و تمام پول را پردازد. در غیر این صورت یک قرارداد صوری است و به هنگام آماده شدن جنس برای تحویل، معامله نهایی صورت می‌گیرد و در این صورت احکام بیع را دارد.

آیت الله نوری همدانی: این عقد صحیح است و می‌تواند تحت عناوینی چون بیع و اجاره قرار گیرد و می‌تواند عقد مستقلی باشد. این عقد، عقدی لازم است و شرایطی که در عقود لازم مانند بیع ضروری است، در آن نیز معتبر می‌باشد.

نتیجه‌گیری فقه امامیه

ماهیت قرارداد استصناع به عنوان یکی از قراردادهای پرکاربرد، همواره مورد اختلاف نظر فقها و حقوق‌دانان بوده است. دیدگاه افرادی که استصناع را از مصادیق بیع سلف دانسته و رعایت شرایط ویژه آن را در استصناع ضروری می‌دانند، به سبب وجود شرط تأدیّه ثمن در مجلس عقد در بیع سلف که با ذات استصناع و عرف معاملاتی این قرارداد سازگار نیست و همچنین عدم امکان گنجاندن تمام مصادیق استصناع در ذیل سلف، قابل پذیرش نخواهد بود.

همچنین دیدگاه افرادی که استصناع را بیعی مستقل در کنار سایر انواع بیع می‌دانند نیز به سبب عدم تطبیق با تمام انواع استصناع و همچنین عدم انتقال مالکیت تا زمان تحویل کالا به سفارش دهنده، نمی‌تواند مورد قبول باشد.

نظر افرادی که استصناع را از مصادیق اجاره یا جعاله می‌دانند نیز به دلیل تهیّه مواد اولیه در استصناع توسط سازنده برخلاف اجاره و همچنین انتقال مالکیت پس از تحویل کالا به مستصنع و عدم تطبیق این قالب با تمام انواع استصناع، قابل قبول نخواهد بود.

در مورد افرادی که برای استصناع ماهیت عقد صلح را در نظر گرفته بودند نیز چنان که بیان شد، این عقد را نمی‌توانیم به عنوان ماهیت اولیه و اصلی قرارداد مذکور قلمداد کنیم، بلکه صلح پوششی برای رسیدن به نتیجه یک قرارداد بدون رعایت شرایط خاصه آن قرارداد است که از آن برای قرارداد ساخت کالا نیز می‌توان استفاده کرد، ولی بیانگر ماهیت استصناع نخواهد بود.

دیدگاهی که به نظر می‌رسد از سایر نظرات دقیق‌تر بوده و می‌تواند بیان‌گر ماهیت قرارداد استصناع باشد این است که ما برای این رابطه حقوقی، ماهیتی مستقل از سایر قراردادها در نظر گرفته قواعد، کلی اوفوا بالعقود (سوره مائده/ آیه 1) و ماده 10 ق.م که بیان‌کننده اصل آزادی قراردادها در صورتی که مخالف قانون و شرع نباشد را مستند شرعی و قانونی ماهیت استصناع قرار دهیم و متناسب با ویژگی‌های خاص استصناع که در قالب هیچ‌یک از عقود معین نمی‌گنجد، به تعیین شرایط و ضوابط قراردادی این رابطه پردازیم. این دیدگاه با ارتکاز عرفی نسبت به قرارداد استصناع نیز سازگار بوده و پس از آن لازم نیست طرفین عقد مستقلی برای انتقال مالکیت کالای ساخته شده یا خدمت انجام گرفته توسط سازنده منعقد نمایند.

ه - احکام و آثار استصناع به عنوان عقدی غیرمعین

حال که احکام و آثار عقد استصناع را از دیدگاه‌های مختلف بررسی نمودیم و نظر هریک را درباره مسائل مربوط به احکام و آثار بیان نمودیم، براساس دیدگاه مختار (عقدی غیرمعین براساس ماده 10 ق.م)، احکام و آثاری که بر این عقد مترتب گشته و بر روابط طرفین تأثیر می‌گذارد را بیان می‌داریم.

الف: عقد لازم

مهم‌ترین مسئله‌ای که در بحث از احکام و آثار عقد باید به آن پرداخته شود، بررسی لزوم یا جواز عقد است؛ چراکه اگر عقدی جایز باشد، هریک از طرفین معامله هر موقع که بخواهند، می‌توانند معامله را برهم زده و طرف دیگر معامله نمی‌تواند او را از این امر منع کند؛ در نتیجه چنین قراردادی همواره متزلزل بوده و با اراده یکی از طرفین فرو می‌ریزد. اما در مقابل چنانچه عقدی لازم باشد، هیچ یک از طرفین نمی‌تواند قرارداد را برهم زده مگر اینکه با طرف دیگر بر این امر توافق کند (اقاله) و یا با استفاده از یکی از اختیارات که در عقد موجود است، به این امر اقدام نماید.

علاوه بر این اثر، عقود جایز با فوت یا سفه یا جنون یکی از طرفین منحل می‌شود، در حالی که با شکل‌گیری عقد لازم، هیچ یک از این موارد تأثیری در اعتبار عقد نخواهد داشت.

به حدی این مسئله اهمیت دارد که یکی از قواعد مربوط به قراردادها، قاعده اصل لزوم است که براساس آن در تمام سیستم‌های حقوقی؛ هر قرارداد باید اجرا شود و هیچ یک از طرف‌های قرارداد نمی‌توانند از زیر بار تعهدات ناشی از آن شانه خالی کنند مگر در موارد استثنایی (شهیدی، 1385: 254).

ماده 219 ق.م در بیان این اصل حقوقی اظهار می‌دارد: «عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.»

بنابر قاعده «اصاله اللزوم» و ماده قانونی مذکور، قرارداد استصناع را نیز باید عقدی لازم دانست که طرفین معامله را ملزم به ایفای تعهدات ناشی از این قرارداد نموده و هیچ یک از آنها نمی‌تواند به جز از راه اقاله یا خیارات موجود در عقد آن را فسخ نماید.

علاوه بر دلایل فوق در استفتائاتی که از مراجع تقلید شده است نیز ایشان بر لزوم چنین قراردادی اذعان داشته و عمل به مفاد قرارداد را برای طرفین واجب دانسته‌اند (نظرپور، 1387: 88).

با وجود لزوم این عقد و پابندی طرفین به تعهدات به وجود آمده، لیکن در مورد تأثیر موت و جنون در قرارداد استصناع، این معامله را باید همانند قرارداد اجاره اشخاص دانست. به این معنا که چنانچه ساخت پروژه مورد نظر قائم به شخص باشد، با فوت یا جنون وی قرارداد منفسخ می‌گردد. اما اگر قرارداد قائم به شخص نبوده و فرد دیگری می‌تواند تعهدات صانع را انجام دهد، قرارداد پابرجاست و وی به نیابت از صانع اقدام به ساخت پروژه مورد نظر نموده و یا آن را تکمیل می‌کند و هزینه انجام کار از اموال صانع پرداخت می‌شود.

حال چنانچه طرف قرارداد (صانع) در عقد استصناع یک شرکت تجاری باشد طبیعتاً با مشکلی مبنی بر موت یا جنون او مواجه نخواهیم بود؛ چراکه در شرکت‌های تجاری شخصیت حقوقی شرکت با انحلال آن از بین نرفته، بلکه تا پایان یافتن امر تصفیه باقی می‌ماند. علت این امر آن است که دارایی موجود شرکت برخلاف انسان، پس از انحلال به شخص دیگری منتقل نمی‌شود بلکه میان شرکاء تقسیم می‌گردد.

بنابراین با انحلال شرکت، شخصیت حقوقی آن باقی بوده ولیکن اداره آن توسط متصدیان تصفیه صورت می‌گیرد و چنانچه لازم باشد برای انجام تعهدات قبلی شرکت، معاملات جدیدی نظیر خرید مصالح برای ساخت کالای مورد تعهد شکل گیرد، براساس مواد 208 ق.ت و 208 لایحه قانونی، توسط متصدیان تصفیه انجام خواهد شد (اسکینی، 1388، ج 1: 54).

ب: عقد عهده

حقوق دانان و فقها عقود را به دو دسته عهده و تملیکی تقسیم‌بندی می‌کنند و عقد تملیکی را عقدی می‌دانند که با وقوع عقد، مورد معامله از مالکیت دارنده خارج شده و به تملیک طرف مقابل درمی‌آید و در مقابل عقدی را عهده می‌دانند که صرفاً موجب پیدایش تعهد و تکلیف قانونی بر عهده طرف عقد باشد (شهیدی، 1386: 83).

با توجه به تعاریف فوق عقد استصناع را باید از جمله عقود عهده دانست؛ چراکه در زمان انعقاد قرارداد فوق، مالکیتی برای سفارش‌دهنده ایجاد نشده و تنها به موجب این قرارداد صانع متعهد می‌گردد مصنوع مورد معامله را در زمان مقرر به خریدار تحویل دهد و در مقابل نیز سفارش‌دهنده متعهد به پرداخت بهای کالا در مواعد تعیین شده خواهد بود.

در این مورد حتی یکی از حقوق دانان که تمام انواع بیع حتی بیع کلی را تملیکی می‌داند معتقد است: «در این مورد عقد بیع عهده است و در اثر عقد، مالی به خریدار تملیک نمی‌شود، بلکه فروشنده عهده‌دار تهیه و تملیک آن است و در واقع مبیع صورت ویژه‌ای از کلی است. بنابراین، اگر شرکتی از کارخانه هواپیماسازی ده فروند هواپیما بخرد که ظرف دو ماه تحویل داده شوند، ضرورتی ندارد که هنگام امضای قرارداد، کارخانه هواپیما را آماده داشته باشد. ولی اگر پس از امضای پیمان کارخانه از بین برود یا شرکت سازنده آن منحل شود، بیع باطل خواهد شد.

در این فرض نیز می‌توان توافق کرد که هواپیمای ساخته شده بتدریج که وجود پیدا می‌کند به ملکیت خریدار درآید تا فروشنده نتواند آنچه را به سفارش خریدار ساخته است به دیگری انتقال دهد» (کاتوزیان، 1384: 106).

البته به طور کلی باید اظهار داشت؛ زمان انتقال مالکیت مصنوع در عقد استصناع، لحظه تحویل کالا توسط سازنده به خریدار است، چراکه تا قبل از این زمان تنها «تعهد» صانع به این امر وجود داشته و مالکیتی برای مشتری محقق نشده است. براین اساس می‌توان اظهار داشت چنانچه صانع برای آماده کردن سفارش فوق اقدام به خرید مواد اولیه نموده و شروع به ساخت کالای مورد نظر نماید و در نهایت کالا را به اتمام رساند، می‌تواند در صورتی که هنوز موعد تحویل کالا به مشتری نرسیده است، آن را به دیگری فروخته و اقدام به ساخت مصنوع مورد نظر با مواد اولیه دیگری نماید و یا در صورتی که شرط مباشرت صانع نشده باشد می‌تواند کالای ساخته شده را به دیگری فروخته و از سازنده دیگری بخواهد که کالای سفارش داده شده را برای مشتری آماده نماید.

البته می‌توان در قرارداد استصناع قائل به تملیک بود و در عین حال صانع اختیار تحویل هر مصدافی را داشته باشد؛ به این بیان که با انعقاد قرارداد استصناع سفارش دهنده مالک کالای کلی در ذمه صانع می‌شود و او متعهد است طبق قرارداد مصدافی از آن کالای کلی را ساخته تحویل دهد و در مقابل صانع مالک ثمن کلی می‌شود که سفارش دهنده متعهد است مصداق آن ثمن کلی را تحویل دهد، نتیجه این دیدگاه آن است که به هر دلیلی اگر صانع توان ساخت را از دست بدهد باید آن کالا را از بازار تهیه کرده، به سفارش دهنده تحویل دهد و یا قیمت روز کالای موضوع قرارداد استصناع را بپردازد.

ج: مورد معامله

یکی از احکام و ویژگی‌های مورد معامله عقد استصناع که در فقه حنفی نیز بیان شده است و در دیدگاه مختار نیز باید مدنظر قرار گیرد، آن است که مورد معامله در زمان انعقاد قرارداد موجود نباشد و صانع تعهد به ساخت کالا و تحویل در زمان مقرر نماید.

علت این امر آن است که در صورت وجود مورد تعهد، انعقاد استصناع بی‌معنا خواهد بود؛ چراکه در آن صورت قرارداد به وجود آمده بیع است و احکام بیع بر آن جاری خواهد بود. در حالی که تعهد به وجود آمده در عقد استصناع همواره ناظر به آینده بوده و به طور معمول طرفین قرارداد زمانی را برای تحویل کالا تعیین می‌نمایند.

لازم به ذکر است که براساس این دیدگاه، مورد استصناع محدود به مواردی که در گذشته استصناع در آنها متعارف بوده است نمی‌شود (آنچنان که در دیدگاه مشهور فقهای حنفی وجود دارد)؛ چراکه استدلال ما بر صحت قرارداد فوق همانند حنفی‌ها استحسان نیست، بلکه براساس قواعد کلی اوفوا بالعقود و ماده 10 ق.م. بر صحت آن به صورت عقدی مستقل استدلال نمودیم که می‌تواند هر موضوعی را در برگیرد و در نتیجه در مورد هر کالایی که قابلیت ساخت دارد، خواه شیئی کوچک نظیر کفش و صندلی و خواه در پروژه‌های عظیم سازندگی نظیر نیروگاه‌ها و سد‌ها و جاده‌ها و ... کاربرد خواهد داشت.

علاوه بر آنچه گفته شد لازم است ویژگی‌های مورد استصناع از لحاظ جنس، نوع، وصف و اندازه نیز تعیین گردد؛ چراکه مورد معامله در این قرارداد همانند بیع عین معین نزد خریدار موجود نیست تا با مشاهده از وی رفع جهل شود بلکه شبیه به قرارداد سلم و یا بیع کلی است که قانون‌گذار در ماده 351 ق.م. صحت آن را منوط به ذکر اوصاف فوق نموده است، در نتیجه لازم است با توصیف مستصنع

جهالت مشتری برطرف گردد و معامله موجود از غرری بودن خارج شده و به شکل صحیح منعقد گردد.

د: تعیین مدت

یکی از ویژگی‌ها و احکام عقد استصناع لزوم تعیین مدت برای ساخت و تحویل کالایی است که صانع براساس این قرارداد تعهد به ساخت آن نموده است.

در قرارداد استصناع با توجه به اینکه مستصنع در حال حاضر موجود نیست و توسط صانع ساخته می‌شود، باید مشتری را نسبت به زمان ساخت و تحویل کالا آگاه نمود و طرفین قرارداد بر این امر توافق نمایند، در غیر اینصورت چنانچه موعد تحویل کالا در متن عقد مشخص نباشد، به سبب جهل مشتری به زمان مذکور که دارای اهمیت ویژه‌ای در این قرارداد است (چراکه کالا موجود نبوده و مشتری نمی‌تواند هر لحظه بخواهد به صانع مراجعه نموده و از وی تسلیم مورد معامله را طلب نماید)، معامله غرری و باطل خواهد بود.

از طرف دیگر نیز به طور معمول مواعیدی که مشتری باید برطبق آن ثمن را به صانع پرداخت کند، تعیین می‌شود. البته برخلاف تعیین موعد تحویل مصنوع، الزامی بر تعیین این مواعد نیست و در صورت عدم تعیین مواعد پرداخت عوض و سکوت طرفین، چنانچه عرف مسلمی در آن زمینه وجود نداشته باشد، خریدار باید مبلغ مورد توافق را به صورت نقد پرداخت کند؛ بنابراین صانع می‌تواند هر زمان که اراده نماید، به مشتری مراجعه کرده و از وی ثمن معامله را دریافت نماید.

ه: وجود اختیارات

همان‌طور که بیان شد؛ عقود لازم فقط به دو طریق قابل انحلال است. یکی اقاله و دیگر وجود حق فسخ که اصطلاحاً به آن خیار می‌گویند.

اختیارات موجود در عقود چنانچه بیان شده معمولاً برای دفع ضرر قابل توجه در عقد و یا برای جبران عیب رضا و اشتباهی که دو طرف یا یکی از طرفین به آن دچار شده‌اند، مقرر شده است (کاتوزیان، 1387: 65).

لذا باید گفت این حق در قرارداد استصناع نیز که قرارداد مالی است و امکان وقوع ضرر و یا عیب در رضای متعاملین محتمل است، وجود خواهد داشت. ماده 456 ق.م. نیز به این مطلب توجه داشته و وجود تمام انواع اختیارات به جز خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن را که مختص بیع است، در جمیع معاملات ممکن دانسته است.

البته همان‌طور که می‌دانیم طرفین معامله در ضمن قرارداد یا پس از آن می‌توانند اختیارات را ساقط کنند که در این صورت دیگر حق استفاده از اختیارات جهت انحلال قرارداد را نخواهند داشت.

و: اجرای قرارداد

از آنجایی که استصناع قراردادی لازم است، دو طرف این رابطه حقوقی ملزم‌اند به تعهداتی که در اثر این عقد برعهده آنها قرار داده شده است، عمل کنند. بنابراین صانع باید به تعهدی که در برابر مستصنع در مورد ساخت کالای سفارش شده در زمان مقرر داده است، عمل کند و در مقابل مستصنع نیز بر طبق توافق قبلی، در مواعد تعیین شده، عوض را به او بپردازد.

در اجرای قرارداد فوق چنانچه از ابتدا شرط ساخت کالای مورد معامله به دست مستصنع نشده و یا توافق ضمنی طرفین بر این امر تعلق نگرفته باشد، مستصنع می‌تواند از دیگری بخواهد کالا را ساخته و در زمان مقرر کالای ساخته شده توسط دیگری را به مشتری تحویل دهد، چراکه معمولاً آنچه برای مشتری حائز اهمیت است کالای ساخته شده (مصنوع) بوده و در صورت اهمیت سازنده مصنوع برای وی باید به این امر تصریح نماید.

مقام معظم رهبری نیز در استفتائی که از ایشان در این رابطه شده است به این امر اشاره داشته و بیان می‌دارند که: «اگر شرط مباشرت خودش نشده باشد، می‌تواند ساخت کالا را به دیگری واگذار کند» (نظرپور، همان).

در صورتی که هریک از طرفین عقد به تعهدات خود عمل نکنند، توسط حاکم مجبور به اجرای تعهدات خود می‌شوند؛ بنابراین چنانچه صانع از اقدام به ساختن کالا سرباز زند، وی را مجبور به ساختن کالا می‌نمایند و در صورت عدم امکان اجبار وی و امکان انجام عمل از سوی فرد دیگر، از دیگری می‌خواهند که کالای مورد توافق را تحویل مستصنع دهد و هزینه مصالح و اجرت وی را از صانعی که با وی توافق شده بود می‌گیرند و چنانچه این امر نیز ممکن نباشد، مستصنع حق فسخ معامله را خواهد داشت.

در مقابل نیز چنانچه مستصنع از ایفای تعهد خود مبنی بر پرداخت عوض خودداری کند، اجبار به ایفای تعهد خواهد شد و در صورت عدم امکان این امر برای صانع حق فسخ معامله را در نظر خواهند گرفت.

لازم به ذکر است در صورتی که یکی از طرفین، به سبب عدم ایفای تعهد از سوی طرف دیگر چاره‌ای جز فسخ معامله را نداشته باشد، چنانچه ارکان مسئولیت مدنی (وجود ضرر، فعل زیانبار، رابطه سببیت) موجود باشد، می‌تواند از این طریق جبران خسارت را از طرف مقابل بخواهد.

ز: شروط ضمن عقد

در ضمن عقود غیر معین همانند هر عقد معینی، طرفین می‌توانند متناسب با قراردادی که قصد انعقاد آن را داشته و ویژگی‌ها و تعهداتی که برای آن عقد در نظر دارند، شروطی را تعیین کنند که این شروط به تبعیت از اصل عقد، لازم بوده و طرفین حق سرپیچی از آن را نخواهند داشت.

در موضوع مورد بحث ما نیز که طرفین قصد انعقاد قرارداد استصناع در این قالب را دارند، لازم است شرایط و احکامی را که برای این قرارداد مد نظر قرار داده و بر آن توافق نموده‌اند نظیر تعیین زمان تحویل کالا، مواعد پرداخت عوض و... را به طور کامل ذکر کرده تا در صورت بروز اختلاف با مشکل کمتری مواجه شوند.

البته همان طور که می‌دانیم، چنانچه عرف مسلمی در رابطه با یکی از شرایط وجود داشته باشد، لازم نیست آن شرایط در ضمن عقد بیان شده و بر آن توافق گردد؛ چراکه براساس ماده 225 ق.م. متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است.

ح: حق حبس

حق حبس گرچه به نظر بسیاری از حقوق‌دانان در عقود معوض وجود دارد ولیکن در قرارداد استصناع به سبب اینکه در تمام موارد آن مورد معامله و در اکثر موارد عوض آن حال نیست بلکه مؤجل است و در مواعد تعیین شده تحویل می‌گردد، وجود نخواهد داشت. قانون مدنی نیز که در ماده 377 وجود حق حبس در عقد بیع را معتبر دانسته است، در صورتی که مبیع یا ثمن مؤجل باشد، این حق را منتفی می‌داند (کاتوزیان، 1371، ج 4: 88).

و- موارد مشابه در حقوق ایران

همان طور که می‌دانیم در حقوق ایران عقدی با عنوان مورد بحث وجود نداشته و حقوق‌دانان چندان به این موضوع نپرداخته‌اند، اما در روابط قراردادی با مواردی مواجه هستیم که شباهت بسیاری با عقد استصناع داشته و مورد بحث حقوق‌دانان قرار گرفته است و از این طریق می‌توان با دیدگاه اساتید حقوق در این زمینه آشنا شد.

پیش فروش آپارتمان و قرارداد پیمان‌کاری از جمله این موارد است که در ذیل به آن می‌پردازیم.

1. پیش فروش آپارتمان

در این فرض، فروشنده مال موجود را نمی‌فروشد بلکه ملتزم به ساختمان و تحویل آپارتمان مورد توافق می‌شود و بهای آن را به اقساط از خریدار می‌گیرد. در واقع با پول همین اقساط خریداران است

که ساختمان بنا می‌شود. در این صورت باید به این سؤال پاسخ داد که آیا قرارداد، سند فروش است یا قراردادی است دربارهٔ فروش؟

پاسخ مرسوم این است که تعهد به فروش است یعنی فروشنده ملتزم می‌شود که ساختمان را بر طبق شرایط پیمان بسازد و به طرف دیگر بفروشد. در نتیجه پیش از پایان ساختمان و انتقال آن خریدار هیچ حق عینی ندارد و فقط طلبکار از فروشنده است (شهیدی، 1388: 20).

در مقابل این دیدگاه، یکی دیگر از حقوق‌دانان بیان می‌دارد: «در فرضی که دو طرف می‌خواهند بدین وسیله بیع را واقع سازند، تحلیل قرارداد به تعهد به فروش، تفسیری است دلخواه که بر دو طرف تحمیل می‌شود».

در تحلیل این مطلب باید بین موردی که دو طرف می‌خواهند از هم اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند یا بنای آنان بر تملیک مال موجود است، با فرضی که قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند، تفاوت قائل شد.

در مورد نخست، چون حق قائم به معدوم نمی‌شود، طبیعی است که تراضی دو طرف دربارهٔ فروش مالی که وجود خارجی ندارد، عقیم می‌ماند. مادهٔ 361 نیز ناظر به همین فرض است.

در فرض دوم، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبرو نمی‌شود؛ زیرا، حق مالکیت پس از ایجاد، انتقال می‌یابد و همچنین بر معدوم استوار نمی‌شود.

تنها اشکالی که تصور می‌شود امکان جدایی سبب از اثر است؛ بدین بیان که ذات سبب (عقد بیع) اقتضا دارد که بیدرننگ مؤثر افتد و مسبب را بوجود آورد و تراضی نمی‌تواند بین این دو ملازم منطقی فاصله اندازد. ولی این اشکال نیز قابل دفع است؛ زیرا در امور اعتباری، چگونگی و زمان و شرایط تأثیر سبب در اختیار سازندهٔ آن است. دو طرف می‌توانند سببی برپا سازند که تأثیر سبب را معلق به وجود مبیع در آینده کنند. به ویژه درستی و نفوذ عقد معلق در حقوق ما بهترین دلیل امکان تعلیق تأثیر سبب است. نمونهٔ دیگر آن، که بویژه ناظر به مبیع آینده است، بیع مال کلی است که دو طرف به عین خارجی موجود نظر ندارند، بلکه مقدار و جنس و وصفی را در نظر می‌گیرند و فروشنده به ابتکار خود، مورد انتخاب را به خریدار می‌دهد. همچنین است در وصیت نسبت به مال آینده که مادهٔ 842 ق.م. دربارهٔ امکان آن صراحت دارد و اظهار می‌دارد: «ممکن است مالی که هنوز موجود نشده است، وصیت نمود» و همین طور است تملیک منفعت در اجاره.

گذشته از ارائه نمونه‌های تملیک مال آینده، تأمل بیشتر در موضوع مادهٔ 361 ق.م. نشان می‌دهد که حکم ناظر به فرض نخست است. در فرض دوم، مبیع عین معین نیست؛ زیرا نه تنها هنوز وجود

محسوس و خارجی ندارد، ابتکار و انتخاب فروشنده نیز در چگونگی ساخت آن نقش مؤثر دارد. در قرارداد فروش آپارتمان شمای کلی و ابعاد و مساحت آن معین می‌شود، ولی اجرای نقشه ساختمان، انتخاب ابزار و مصالح ساختمانی و غیره با فروشنده است. بنابراین نمی‌توان مبیع را در حکم عین معین دانست. مبیع چیزی میان عین و کلی است و در تقسیم بندی مبیع به کلی شباهت بیشتر دارد. منتها در این فرض با ساخته شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می‌کند و سببی که فراهم آمده است، در تملیک آن مؤثر می‌شود و خود به خود به خریدار تعلق می‌یابد.

بدین ترتیب، باید پذیرفت که در فروش آپارتمان بدین صورت، پس از پایان کار، عین آنچه ساخته شده به ملکیت خریدار در می‌آید و او می‌تواند به این حق عینی در برابر طلبکاران فروشنده و هر خریدار دیگر استناد کند. به همین قیاس اگر ساختن کالای معینی به کارخانه سازنده سفارش داده شود، پس از انجام دادن سفارش، عین ساخته شده به خریدار تعلق پیدا می‌کند و فروشنده حق ندارد از تسلیم آن خودداری کند» (کاتوزیان، 1384: 274).

تملک آپارتمان پس از پایان ساختمان، با اینکه از سوء استفاده‌های ارادی فروشنده می‌کاهد، برای تأمین حقوق خریداران کافی نیست. احتمال دارد فروشنده در خلال کار متوقف شود یا از فعالیت باز ایستد. در این صورت آنچه ساخته شده از آن او و طلبکاران است و مصرف کننده تنها می‌تواند اقساطی را که به عنوان بهای مبیع پرداخته است، باز پس گیرد. برای جلوگیری از این وضع، آیا در قرارداد می‌توان شرط کرد که مبیع در حال ساختمان به تدریج به ملکیت خریدار درآید؟

نفوذ این شرط را رویه قضایی در فرانسه و حقوق انگلیس پذیرفته و در قرارداد ساخت کشتی‌ها شایع است. به نظر می‌رسد که در حقوق ما نیز نافذ باشد؛ زیرا چنانچه تعلیق تملیک به ساخته شدن کامل آپارتمان پذیرفته شود، ساخته شدن جزئی از مبیع نیز از همان گونه است.

به موجب این شرط، خریدار بیدرنگ مالک سهم مشاع خود از زمین می‌شود؛ زیرا مبیع موجود و قابل تملیک است. در مورد ساختمان نیز، هر اندازه که ساخته شود، خود به خود به ملکیت خریدار درمی‌آید. در نتیجه، مبیع دور از دسترس طلبکاران باقی می‌ماند و فروشنده نیز پیش از پایان کار نمی‌تواند ساخته خود را به دیگران بفروشد (کاتوزیان، 1384: 279).

دکتر صفائی نیز درباره پیش فروش آپارتمان معتقد به حصول ملکیت تدریجی برای مشتری هستند و بیان می‌کنند که در ابتدا، افرادی که اقدام به پیش خرید آپارتمان می‌نمایند به صورت مشاع در زمین مالک بوده و با ساخته شدن هر قسمت از آپارتمان، بر آن قسمت نیز مالک خواهند شد (صفائی، 1386: 44).

2. قرارداد مقاطعه کاری

در قرارداد مقاطعه کاری نیز، در مواردی که تهیه مصالح با خود پیمان کار است، شباهت زیادی بین این قرارداد و عقد استصناع مشاهده می شود. دکتر کاتوزیان در این باره می نویسد:

«استقلال نسبی مقاطعه کاری در چگونگی اجرای تعهدی که دارد، پاره‌ای از اقسام اجاره اشخاص را به بیع نزدیک می سازد، چندان که به درستی نمی توان تشخیص داد که پیمان حاکم بر رابطه دو طرف اجاره است یا بیع. این تردید، به ویژه در جایی پیش می آید که صنعتگر یا هنرمند مصالح کار را نیز خود تهیه می بیند. در اینگونه امور بیش از هر چیز باید به قصد مشترک طرفین اهمیت داد و درباره اماره این قصد همان طور که قبلاً گفته شد، باید عمل کرد (چنانچه هدف اصلی در این پیمانها انتقال نتیجه کار باشد و به همین جهت عرف نیز آنها را بیع می شناسد، براساس قواعد بیع عمل می کنیم اما با وجود این، اگر ارزش کاری که در اشیاء به کار می رود به اندازه‌ای زیاده‌تر از مصالح به کار رفته باشد که بتوان موضوع اصلی توافق را بهره‌برداری از کار و هنر طرف قرارداد دانست، باید رابطه حقوقی را تابع اجاره دانست)» (کاتوزیان، 1384: 569).

ز. نتیجه گیری

در میان اهل سنت گروهی که بیش از سایرین از احکام و آثار استصناع سخن به میان آورده‌اند، حنفی‌ها هستند. اکثر علمای (فقه و حقوق) ایشان با توجه به اینکه بر اساس استحسان قائل به اعتبار و صحت چنین قراردادی شده‌اند، معتقد به جواز این عقد، محدود بودن استصناع به موارد متعارف و عدم امکان گسترش آن، تعیین جنس و نوع و وصف و مقدار مورد معامله و عدم تعیین مدت در موعد تحویل مصنوع هستند.

به اعتقاد فقهای امامیه گرچه استصناع عقدی صحیح و مشروع است اما ماهیت آن محل اختلاف بوده و اکثر فقهای معاصر یا آن را از مصادیق قرارداد بیع می دانند یا آن را به عنوان عقد مستقل به شمار می آورند. اگر معتقد به بیع بودن این عقد باشیم، احکام و آثار حقوقی آن نیز تابع بیع خواهد بود اما با تحلیل اعتبار این عقد به عنوان عقدی غیرمعین و براساس ماده 10 ق.م، باید برای این عقد قائل به احکام و آثار زیر باشیم.

1. استصناع عقدی است لازم که طرفین ملزم به پایبندی بر تعهدات خود بوده و نمی توانند از مفاد آن تخلف نمایند. اصل لزوم قراردادها و ماده 219 ق.م، بر اثبات این امر دلالت دارد.
2. استصناع عقدی است عهدی، بنابراین تا لحظه قبل از تسلیم مصنوع به مشتری، مالکیت مال از آن صانع بوده و می تواند هرگونه تصرفی در کالای ساخته شده بنماید؛ البته به نحوی که منجر

- به تخلف در عهد خود نسبت به طرف مقابل نگردد. البته گذشت که تصویر تملیکی بودن استصناع به معنای مالکیت کلی فی الذمه برای طرفین قرارداد نیز خالی از قوت نیست.
3. از آنجا که مورد معامله در زمان توافق و انعقاد قرارداد موجود نیست، برای جلوگیری از غرر، لازم است ویژگی‌های مبیع اعم از جنس، نوع، وصف و مقدار آن تعیین گردد تا بدین واسطه جهل طرفین نسبت به موضوع مورد معامله برطرف گردد.
4. با توجه به اینکه زمان تحویل کالا در این عقد دارای اهمیت ویژه‌ای است، باید موعد تحویل مشخص شده تا از آن لحظه امکان مراجعه به صانع برای مشتری فراهم آید. در غیر این صورت معامله غرری و باطل خواهد بود.
5. در این عقد همانند سایر عقود معین، اختیارات موجود بوده و در صورت تحقق هریک از اسباب مربوطه، صاحب اختیار می‌تواند به آن استناد جسته و معامله را فسخ نماید.
6. در استصناع چنانچه شرط مباشرت صانع در ساخت کالا نشده باشد، او می‌تواند از فرد دیگری بخواهد آن کالا را ساخته و سپس مصنوع وی را در صورتی که اوصاف مورد معامله را داشته باشد، به مشتری تحویل دهد.
7. در ضمن این عقد نیز همانند سایر عقود طرفین می‌توانند شروطی را که مدنظر داشته و بر آن توافق نموده‌اند، درج نمایند. اهمیت ذکر این شروط با توجه به اینکه استصناع از عقود غیرمعین است، دوچندان خواهد بود. البته چنانچه امری در عرف، منصرف به مسئله خاصی باشد، نیاز به ذکر آن نیست (ماده 225 ق.م).
8. با توجه به اینکه در استصناع، تعهد طرفین و یا لاقلاً یکی از طرفین مؤجل است، وجود حق حبس منتفی خواهد بود.

منابع و مأخذ:

1. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، الفارق: ج 1، تهران: گنج دانش، 1386
2. جعفرپور، جمشید، بیع استصناع، پژوهش نامه متین، ش 3 و 4: 185-171
3. سیفی زیناب، غلامعلی، استصناع در فقه و حقوق ایران، تحقیقات حقوقی، ش 50: 1-57
4. صفائی، سید حسین، جزوه مدنی، 10، 1386
5. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها: ج 4، تهران: شرکت سهامی انتشار، 1387
6. موسویان، سیدعباس، ابزارهای مالی اسلامی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، 1386 الف
7. موسویان، سیدعباس، فرهنگ اصطلاحات فقهی و حقوقی معاملات، تهران: پژوهشگاه پولی و بانکی، 1386 ب
8. موسویان، سید عباس، اوراق بهادار استصناع، مکمل بازار سرمایه ایران، جستارهای اقتصادی، ش 8 (1386 ج): 11-38
9. مؤمن قمی، محمد، استصناع، فقه اهل بیت 11 و 12 (1376): 201-239
10. نظرپور، محمدنقی، ماهیت فقهی و کارکرد بانکی عقد استصناع و معرفی اوراق استصناع ابزاری برای سیاست مالی و پولی، دانشگاه مفید، 1387
11. نظرپور، محمدنقی، چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، اقتصاد اسلامی 30 (1387): 69-97
12. هاشمی شاهرودی، سید محمود، استصناع، فقه اهل بیت 19 و 20 (1378): 3-24
13. ابن حجر العسقلانی، شهاب الدین، فتح الباری بشرح صحیح الامام ابی عبدالله محمد بن اسمعیل البخاری: ج 2، بیروت: داراحیاء التراث العربی، 1404 ق
14. انصاری، محمدعلی، الموسوعه الفقهيہ الميسره، قم: مجمع الفکر الاسلامی، 1415 ق
15. البستانی، بطرس، دائره المعارف قاموس عام لكل فن و مطلب، ج 10 و 3، بیروت: دارالمعرفه، بی تا
16. حازمی همدانی، محمدبن موسی، الاعتبار فی بیان الناسخ و المنسوخ من الاثار، حیدرآباد: دائره المعارف العثمانیه، 1400 ق
17. رستم باز، سلیم، شرح المجله، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، 1305 ه. ق
18. الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وادلته: ج 4، دمشق: دارالفکر، 1989
19. الزحیلی، وهبه، مجله الفقه الاسلامی: ج 7، جده: مؤتمر مجمع الفقه الاسلامی: 1412 ه. ق

20. سالوسی، علی، مجله الفقه الاسلامی: ج 7، جده: مؤتمر مجمع الفقه الاسلامی: 1412ه.ق.
21. سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط: ج 15 و 12، استانبول: دارالدعوة، 1403 ق
22. سنهوری، عبدالرزاق احمد، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی: ج 3، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، 1998م
23. طبرسی، امین الإسلام فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بین أئمة السلف، ج 1، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه، 1410ه.ق
24. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، الخلاف: ج 3، قم: دفتر انتشارات اسلامی، 1407ه.ق
25. کاشف الغطاء، محمد حسین، تحرير المجله: ج 1، نجف: المكتبة المرتضویه، 1359 ه ق
26. معلوف، لويس، المنجد فی اللغة، تهران: انتشارات اسلام، 1383
27. موسوی خمینی، سید روح الله، تحرير الوسيله: ج 1، قم: جامعه مدرسین، 1416ق
28. وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلامیه الكويت، الموسوعه الفقهيہ: ج 21 و 3، مصر: دارالصفوه للطباعه، 1414ه.ق