

## استصناع (سفارش ساخت کالا)

پدیدآورنده (ها) : هاشمی، سید محمود

فقه و اصول :: نشریه فقه اهل بیت :: پاییز و زمستان ۱۳۷۸ - شماره ۱۹ و ۲۰ (ISC)

صفحات : از ۳ تا ۲۴

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/310283>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۰۶/۱۰

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه **قوانین و مقررات** استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



## مقالات مرتبط

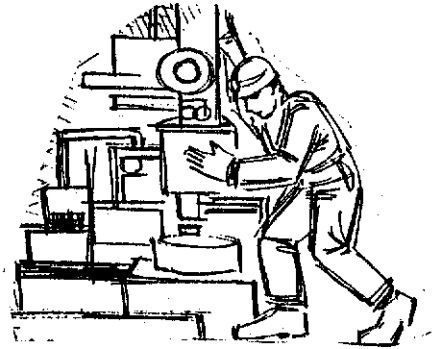
- استصناع(قرارداد سفارش ساخت)
- عقد استصناع و استفاده از آن در نظام بانکی کشور
- مطالعه تطبیقی قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق
- جایگاه بیع استصناع - قرارداد سفارش ساخت - در فقه شیعه و سنی
- بررسی فقهی سفارش ساخت کالا
- بیع استصناع
- ماهیت و اعتبار قرارداد سفارش ساخت
- بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد استصناع
- مقایسه مزایا و معایب قرارداد استصناع و قرارداد BOT در اجرای پروژه های دولتی
- بیع سلم در مذاهب اسلامی
- العربون
- استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع

## عناوین مشابه

- جایگاه بیع استصناع - قرارداد سفارش ساخت - در فقه شیعه و سنی
- اوراق بهادار استصناع (سفارش ساخت) ابزاری برای سیاست پولی
- بررسی مدیریت ریسک اوراق سفارش ساخت (صکوک استصناع)
- مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در قرارداد سفارش ساخت (استصناع)
- گواهی استصناع (سفارش ساخت)
- بررسی فقهی سفارش ساخت کالا
- استصناع(قرارداد سفارش ساخت)
- مطالعه تطبیقی استصناع به عنوان عقدی معین و مستقل؛ در فقه، قوانین برخی کشورهای عربی و کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین
- بررسی تطبیقی قراردادهای طرح و ساخت و BOT با عقد استصناع در فقه
- طراحی مدل های مالی اوراق سفارش ساخت در بازار سرمایه ایران

# استصناع\*

(سفارش ساخت کالا)



سید محمود هاشمی

## استصناع چیست؟

استصناع عبارت از توافق با صاحبان صنایع برای ساختن شیء معین مانند تخت یا در ... برای شخص پیشنهاد دهنده است.

در این توافقنامه، هم مواد کالا و هم عملیات ساخت آن برعهده سازنده است؛ و اگر مواد از شخص پیشنهاد دهنده باشد، در این صورت توافق مزبور، نوعی اجاره است و اگر چیزی را که پیشنهاد دهنده خواهان آن است، بالفعل ساخته و آماده شده نزد سازنده موجود است، در این صورت توافق مزبور نوعی خرید و فروش خواهد بود. این سخن بدان معنا است که استصناع به لحاظ ماده، مانند خرید و فروش و به لحاظ کاری که باید انجام گیرد، مانند اجاره است و از همین رو صحت این عقد و کیفیت اجرای آن مورد بحث قرار گرفته است.

اکثر مذاهب چهارگانه اهل سنت بر صحت استصناع اتفاق نظر دارند، اما با این حال، سخنان ایشان در این باب بسیار متفاوت است. بیشتر ایشان، استصناع را از باب بیع سلّم به

\* توضیح و پژوهش: در مقاله اقصاص، حق انحلالی یا مجموعی شماره ۱۸-۱۷، در صفحه ۳۹، سطر ۱۴، نام ابن فهد حلی در تقریر فارسی به اشتباه [قاضی ابن براج] درج شده است که بدین وسیله تصحیح می شود. / تحریریه فقه اهل بیت /

شمار آورده اند. حنفی ها رای درست تر را آن می دانند که استصناع، نوعی بیع معدوم است که برخلاف قاعده و از باب اینکه عامه مردم آن را پذیرفته اند یا از باب استحسان، حکم به صحت آن شده است.

آنان که استصناع را از باب بیع سلم دانسته اند، همه شروط بیع سلم از جمله پرداخت تمام ثمن در مجلس عقد و لازم بودن عقد را در استصناع نیز شرط می دانند، اما آنان که استصناع را از باب بیع معدوم شمرده اند، آن را مشروط به هیچ یک از این شروط ندانسته و عقد آن را نیز عقد غیر لازم می دانند. بر این رای، هرگاه سازنده، کالا را ساخت، سفارش دهنده، در گرفتن یا نگرفتن آن و فسخ عقد، اختیار دارد؛ زیرا او چیزی را خریده که آن را ندیده بود؛ بنابراین اختیار رؤیت را خواهد داشت.<sup>۱</sup>

### آراء فقهای شیعه در باب استصناع

ظاهر سخن شیخ طوسی در کتاب خلاف - باب سلم -، بطلان عقد استصناع نزد فقهای شیعه است؛ وی می گوید:

استصناع چکمه و کفش و ظروف چوبی و رویی و مسی و آهنی، جایز نیست. رای شافعی همین است، اما ابوحنیفه آن را جایز می شمارد چرا که مردم بر آن اتفاق نظر دارند.

دلیل ما بر بطلان استصناع آن است که به اجماع مذهب ما، بر سازنده واجب نیست که شیئی ساخته شده را تسلیم مشتری کند و می تواند که آن را تسلیم کند یا بهای آن را برگرداند. از طرفی، قبض آن بر مشتری لازم نیست، و اگر این عقد صحیح می بود، نباید چنین باشد.

دلیل دیگر بر بطلان استصناع آن است که کالای سفارش شده، مجهول بوده و نه عین آن معلوم است و نه صفت آن، و عقد بر مجهول، ممنوع است.<sup>۲</sup>

۱. الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۶۳۴

۲. الخلاف، ج ۲، ص ۹۳، مسألة ۳۳.

همو در باب سلم کتاب مبسوط می گوید:

استصناع چکمه و کفش و ظروف چوبی و رویی و آهنی و مسی جایز نیست، و اگر چنین سفارشی صورت گرفت، عقد آن صحیح نیست و سازنده اختیار دارد که آن را به سفارش دهنده بدهد یا ندهد، و اگر آن را داد، سفارش دهنده اختیار دارد، آن را بپذیرد یا رد کند.<sup>۳</sup>

هیچ یک از فقهای پس از شیخ طوسی متعرض این مسأله با عنوان «استصناع» نشده اند، اگر چه از برخی از سخنان ایشان در مباحث سلف و شروط آن و موارد درستی و نادرستی آن، بطلان عقد سفارش ساخت برمی آید.

اگر آنچه میان سفارش دهنده و سازنده، واقع شده، صرف و عده خرید کالایی در صورت ساخت آن باشد، بدون شک این وعده نه عقد است و نه امری که وفای به آن واجب باشد. اما آنچه در ارتکاز عرفی و عقلایی وجود دارد، غیر از این است، و دست کم درپاره ای از موارد استصناع، التزام و عقد و مسؤولیت طرفینی میان سفارش دهنده و سازنده دیده می شود، مبنی بر این که سازنده، کالا را برای سفارش دهنده بسازد و سفارش دهنده نیز آن را تحویل بگیرد و خرید آن را تضمین کند. این حالت در اکثر موارد استصناع به وضوح دیده می شود، خصوصاً با توجه به گسترش امروزی این گونه معاملات و این که اگر سفارش دهنده ملتزم به گرفتن کالا نباشد، خطر و خسارت فراوانی متوجه سازنده خواهد بود. با در نظر گرفتن تولید انبوه کالای ساخته شده یا ساخت آن بر طبق ذوق و سلیقه خاص سفارش دهنده، اگر وی ملتزم به گرفتن آن نباشد، سازنده قطعاً زیان خواهد دید. پس در این مسأله باید بحث شود که آیا می توان استصناع را - ولو فی الجمله - در قالب یکی از عقد های الزام آور گنجانید یا چنان که از ظاهر سخنان شیخ طوسی برمی آید چنین امری ممکن نیست؟

۳. المبسوط، ج ۲، ص ۱۹۴.



## توجهاتی برای صحت استصناع

صحت استصناع در قالب یکی از توجه های ذیل قابل تصور است:

۱. استصناع، عقد مستقلی است که مانند دیگر عقود لازم، برای دو طرف عقد الزام آور است.
۲. استصناع یکی از اقسام عقد بیع است.
۳. استصناع یکی از اقسام عقد اجاره یا شبه اجاره مانند جعاله است.
۴. استصناع، ترکیبی از چند عقد است.
۵. استصناع عقد نیست، بلکه امر به ساختن است به نحو تضمینی.

### توجه نخست:

این تفسیر از استصناع را که برخی از نویسندگان جدید بدان گرایش دارند، به یکی دو صورت می توان تفریر کرد:

**الف:** استصناع عقد مستقلی است و با آن، مفهوم خاصی متمایز از مفهوم بیع و اجاره انشاء می شود. به موجب این عقد، سازنده مسؤول ساخت کالا و تحویل آن به سفارش دهنده است و سفارش دهنده نیز در قبال آن، مسؤول پرداخت بهای مورد توافق به سازنده است.

این تفریر مورد اشکال است، چرا که استصناع جز درخواست ساخت، معنایی ندارد و این یک مفهوم تکوینی است، نه مفهوم انشایی اعتباری مانند بیع و اجاره و دیگر عناوین معاملات. پس معناندارد که استصناع با همان معنا و مفهوم لغوی خود، منشا معاملی در این عقد مستقل باشد، بلکه به ناچار باید این معنای استصناع به انشاء یک مفهوم دیگری که اعتباری است برگردد.

این مفهوم اعتباری، یا تملیک عین شیئی ساخته شده است که در این صورت بیع خواهد بود و یا تملیک عمل سازنده است که در این صورت اجاره یا شبه اجاره خواهد بود.



بنابراین، عقد استصناع عقد مستقلی نیست و به یکی از احتمالات دیگر باز می‌گردد.

ب: منشأ معاملی میان دو طرف، عبارت است از اتفاق آن دو براین که سازنده آنچه را سفارش دهنده می‌خواهد، بسازد و به او عرضه دارد تا او هم در موعد مقرر آن را به قیمتی که پیشتر بر آن توافق کرده بودند یا بعدها بر آن توافق می‌کنند، از سازنده بخرد. براین اساس، عقد بیع، بعد از این توافق یعنی بعد از آماده شدن مصنوع، بسته خواهد شد، اما عقدی که فعلاً واقع شده، عقد استصناع است که عبارت است از توافق میان سازنده و سفارش دهنده بر التزام هر یک از آن دو در قبال دیگری به کاری که مطلوب دیگری است و نفع او در آن است. سازنده ملتزم به تهیه صنعت خویش و عرضه آن در وقت مقرر به سفارش دهنده برای خرید آن است و سفارش دهنده نیز بعد از آماده و عرضه شدن صنعت، ملتزم به خرید آن به قیمتی است که پیشتر یا هنگام خرید بر آن توافق کرده اند.

همین اندازه در صدق عنوان عقد بر استصناع کفایت می‌کند و نیازی به شرط بیع یا تملیک نیست؛ زیرا عقد، چیزی جز التزام و تعهد در قبال التزام و تعهدی دیگر نیست و به سخنی دیگر، عقد یک التزام طرفینی متقابل به امری متفق علیه است. بنابراین، با تمسک به برخی از ادله صحت و نفوذ عقود، مثل «أوفوا بالعقود»<sup>۴</sup> می‌توان گفت: وفای به این عقد نیز لازم است. اثر لزوم این عقد نیز عبارت است از: وجوب ساخت بر سازنده و وجوب خرید بر سفارش دهنده، پس از اتمام ساخت. این وجوب، وجوب تکلیفی است.

تقریب دوم نیز مورد اشکال است؛ زیرا عقد: صرف التزام قطعی به انجام کاری برای دیگری - چه التزام مطلق و چه در مقابل التزامی دیگر - نیست، و گرنه هرگونه تعهد قطعی به انجام کاری برای دیگری را باید عقدی واجب الوفا دانست؛ چنان که مثلاً اگر کسی ملتزم شد فلان روز از خانه خارج شود در قبال آن که دیگری نیز در همان روز یا روز دیگر از خانه خارج شود، یا مثلاً کسی ملتزم شد که برای دیدن دوستش به مسافرت برود و یا التزام هایی از این قبیل را باید از عقدهای لازم و واجب الوفا به شمار آورد، در حالی که از نظر فقهی هیچ اشکالی این قبیل التزام ها نوعی وعده غیر الزام آور به حساب می‌آید.



ادعای این که این قبیل التزام ها به حکم اجماع و سیره از وجوب خارج گشته اند و گرنه اینها نیز مشمول عموم «أوفوا بالعقود» می بودند، ادعایی بی دلیل است و فرضاً که چنین ادعایی جا داشته باشد، چرا در مورد استصناع نتوان بدان تمسک جست؟

آنچه فعلاً به ذهن نگارنده خطور می کند و شاید در آینده بحث بیشتری در این باره داشته باشیم، آن است که عقد، صرف التزام قطعی به کاری نیست و گرنه هرگونه وعده قطعی به انجام کاری، عقد شمرده می شد. فرق میان عقد و وعده یا شروط ابتدایی، این نیست که عقد قطعی است و وعده مردد و مشکوک می باشد؛ همچنین فرق این دو در آن نیست که عقد مشتمل بر دو التزام دو جانبه و وعده فقط مشتمل بر یک التزام یک طرفه است؛ چرا که در برخی از عقود مثل هبه نیز التزام، یک جانبه است. عقد عبارت است از التزام به رابطه ای اعتباری که به واسطه همین التزام میان دو طرف پدید آمده است، مانند التزام به تملیک یا التزام به پرداخت حقی به دیگری یا زوجیت یا ولایت یا هر رابطه قانونی دیگر. از التزام تکلیفی به انجام عملی، هرگز یک رابطه وضعی پدید نمی آید، بلکه حتماً در این جا باید یک رابطه وضعی متعلق بدان وجود داشته باشد و التزام، عبارت است از انشاء همین رابطه وضعی به صورت مسبب شخصی که موضوع امضا و اعتبار قانونی عقلایی یا شرعی است.

براین اساس، التزام سازنده به ساختن کالا در قبال التزام سفارش دهنده به خرید آن بعد از ساخت، عقد نیست مگر این که این التزام به تملیک عین یا عمل یا به پرداخت حقی از سازنده به سفارش دهنده بازگردد که در این صورت التزام مذکور به همان عقد بیع یا اجاره و امثال آن باز می گردد و عقد مستقلی نخواهد بود.

چنان که خواهد آمد تمسک به ادله ای مثل «المؤمنون عند شروطهم»<sup>۵</sup> نیز چیزی بیش از صحت شرط و نفوذ آن را ضمن عقد ثابت نمی کند و برای اثبات صحت اصل عقد جدید، نمی توان بدان تمسک جست.

۵. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۳، باب ۶ از ابواب خیار، حدیث ۵۱ و ۵۰ و نیز ج ۱۵، ص ۳۰، باب ۲۰ از ابواب مهور، ح ۴.



در این جا به طرح دو اشکال و پاسخ آنها می پردازیم:

**اشکال اول:** چه مانعی وجود دارد که بگوییم: در این مقام، سفارش دهنده مالک حق ساخت و تهیه آن کالا توسط سازنده می شود و در قبال آن، سازنده مالک حق خرید آن از سرتی سفارش دهنده می گردد؟ بر این اساس، هریک از این دو، دیگری را به پرداخت حق خود ملزم می کند و در این صورت، التزام مذکور، متعلق به یک رابطه وضعی است یا پی آمد آن ایجاد یک رابطه وضعی است و بنابراین، عقد خواهد بود.

**پاسخ:** پذیرش این سخن فرع بر آن است که هریک از این دو عملی که دو طرف در قبال یکدیگر مالک آن می شوند، مالیت داشته باشد تا تملیک آن را بتوان تصور کرد، و در این صورت، استصناع همان عقد اجاره خواهد بود، مانند آن که کسی را برای دوخت پیراهنی اجاره کنند و در قبال آن مثلاً فرزندش را با سواد کنند. تملیک یا اختصاص، فقط در اموال انشا می شود و تطبیق آن بر مورد استصناع چنان که در بررسی توجیه سوم یا چهارم شرح خواهیم داد، با اشکال مواجه است. به هر حال، این توجیه، به همان نظریه ترکیب استصناع ازدو عقد بیع و اجاره و این که استصناع عقد مستقلی خارج از این دو عقد نیست، باز می گردد.

در ادامه این مقال بحث بیشتری درباره لزوم این گونه التزام ها خواهد آمد.

**اشکال دوم:** از پاره ای از روایات که در باب «نهی از بیع مالیس عندک» آمده است، چنین استفاده می شود که هر معاقد و یا گفتگویی برای خرید کالایی که فروشنده باید در آینده آن را تهیه کند - یعنی فعلاً نزد او آماده نیست - شرعاً نادرست است مگر این که هریک از دو طرف بعد از تهیه آن کالا مختار باشند که آن را بفروشد یا نفروشد و بخرد یا نخرد. بر این پایه، وجوب خرید کالای ساخته شده بر اساس مقاوله اولیه بر شخص سفارش دهنده، خلاف مفاد این روایات بوده و محکوم به فساد و بطلان است.

در روایت صحیح معاویه بن عمار آمده است:

قال: قلت لابي عبدالله (ع): يجيئني الرجل يطلب مني بيع الحرير وليس



عندی منه شیئ، فبقاؤ لنی علیه و أقاؤه فی الریح و الاجل حتی یجتمع علی شیئ، ثم اذهب فاشتری له الحریر فادعوه الیه . فقال : أرایت إن وجد بیعاً هو أحب الیه مما عندک ایستطیع ان ینصرف إلیه و یدعک او وجدت انت ذلك ایستطیع ان تنصرف إلیه و تدعه؟ قلت : نعم . قال : فلا باس؛

معاویة بن عمار می گوید: به امام صادق(ع) عرض کردم: شخصی نزد من می آید و از من حریر می خواهد درحالی که هیچ حریری نزد من نیست؛ درباره آن حریر و میزان سود و مدت باهم گفتگو می کنیم و به توافق می رسیم. سپس من می روم و برای او حریر می خرم و او را برای بردن آن حریر فرا می خوانم.

امام فرمود: اگر او به معامله دیگری دست یافت که بدان راغب تر است از آنچه نزد تو است، آیا می تواند از معامله با تو منصرف شود و به آن معامله رو آورد و یا اگر تو به معامله بهتری دست یافتی، آیا می توانی به سراغ آن بروی و دست از معامله او برداری؟

گفتم: بلی. *فوتوهای بلیت*

امام فرمود: اشکال ندارد. ۶

روایات دیگری نیز با همین مضمون یا مشابه آن وجود دارد. ظاهر این روایات آن است که معیار و میزان درصحت چنین معامله ای این است که الزام آور نباشد و اگر الزام آور باشد، باطل خواهد بود. درمورد توافق بر سر خرید و فروش کالای غیر موجود، فرقی نیست میان آن که فروشنده آن کالا را به صورت ساخته و آماده شده از بازار تهیه کند یا مواد اولیه آن را تهیه کرده و آن را بسازد و به مشتری بدهد و مشتری هم ملزم به خرید آن باشد.

پاسخ: انصاف آن است که این اشکال وارد نیست؛ زیرا:

اولاً: به موردی که یکی از طرفین در ضمن عقد لازمی شرط کند که باید طرف دیگر، کالایی را که فلانی خواهد ساخت بخرد؛ نقض می شود. بی هیچ اشکالی خرید این کالا

۶. همان، ص ۳۷۷، ح ۷.

پس از ساخت آن براو واجب خواهد بود و معامله او نیز درست است؛ زیرا از نظر فقهی توهم بطلان این معامله یا بطلان این شرط یا نذر در ضمن آن وجود ندارد.

**ثانیاً:** جواب حلی آن اشکال این است که مفاد آن روایات با مورد بحث ما (استصناع) - بنا بر قول به وجوب وفای به التزام خرید کالا در صورت ساخته شدن آن - تفاوت دارد. مفاد آن روایات این است که مشتری به صرف گفتگوی اولیه ملزم به خرید آن کالا نیست و آن گفتگو به منزله وقوع خرید و فروش میان آنان نمی باشد و حتماً باید بعد از خرید کالا از بازار با هم معامله کنند. دلیل آن: رای مشهور است که وقوع معامله قبل از حصول ملکیت را باطل می دانند یا دلیل آن همان احتمالی است که ما در پاره ای از روایات مطرح و تقویت کردیم مبنی بر این که وقوع دو معامله در یک معامله باطل است؛ زیرا از موارد تضمین سود بدون ضمان سرمایه (ریح مالم یضمن) است. و هر دو مطلب با محل بحث ما (استصناع) و نیز با موارد اشتراط خرید در ضمن عقد لازم، بیگانه است؛ زیرا با شرط یا نذر یا قرار استصناع، خرید محقق نمی شود؛ اثر شرط یا قرار استصناع، فقط صرف التزام به خرید است که مستلزم وجوب تکلیفی آن بر شخص می باشد. بنا بر این تا کالا را نخرد، از آن او نمی شود و اگر تلف شود، از ملک سازنده تلف شده، نه از ملک سفارش دهنده. در آن روایات در ادامه کلام امام آمده است: «إن شاء اشتری و إن شاء لم یشتتر؛ اگر بخواید می تواند بخرد یا نخرد.»

### توجیه دوم:

استصناع، گونه ای بیع است، و این خود دو حالت دارد:

**حالت نخست:** بیع حال باشد؛ یعنی چیزی بالفعل وجود داشته باشد که مورد معامله واقع شود، مثلاً بخشی از کالا ساخته شده باشد، مانند فرش که قسمتی از آن بافته شده است و سفارش دهنده همان را می خرد و از سازنده می خواهد تمام آن را برای وی بیافد، یا مواد اولیه کالا موجود باشد، مانند چوب و آهن که سفارش دهنده آنها را می خرد و با سازنده شرط می کند از آنها تختی برای وی بسازد. این نوع معامله از اقسام بیع شخص

است که شرایط بیع سلّم مانند تحویل ثمن درمجلس عقد را ندارد و درآن شرط نشده است.

این حالت خلاف ارتکاز عرفی درمورد استصناع است؛ زیرا مستلزم آن است که اگر سازنده، باقی مانده کالا را نسازد و آن را تکمیل نکند، سفارش دهنده مالک همان قسمت ناقص خواهد بود و فقط نهایتاً خیار فسخ دارد؛ درحالی که چنین نیست، بلکه قسمت ساخته نشده نیز قید مبیع است و غرض سفارش دهنده تمام مصنوع نهایی بوده است، نه بخشی از آن، از این رو مصنوع ناتمام اصلاً ملک سفارش دهنده نشده تا نیاز به فسخ داشته باشد. همچنین حالت یاد شده مستلزم آن است که تلف بدون تعدی و تفریط کالا قبل از اتمام ساخت آن، از مال سفارش دهنده باشد نه سازنده؛ زیرا سازنده همانند اجیر است و عین در دست او امانت است. این استلزام نیز خلاف ارتکاز است؛ زیرا تا سازنده، کالای مطلوب سفارش دهنده را نساخته باشد، هیچ حقی بر او ندارد، همچنان که هرگاه بطلان این بیع معلوم گردد، سفارش دهنده نیز نسبت به کار سازنده مسؤولیت نخواهد داشت هرچند از آنرو که سازنده، این کالا را طبق ذوق و سلیقه سفارش دهنده ساخته بود، از فروش نرفتن کالا و ماندن آن نزد خود زیان ببیند، مگر آن که برای اثبات ضمان سفارش دهنده نسبت به ضرری که در نتیجه درخواست و قرارداد او متوجه سازنده شده است، به قاعده غرر یا ضمان اضرار به غیر و امثال آنها تمسک شود که این تمسک خالی از اشکال نیست.

**حسالت دوم:** استصناع، بیع کلی در ذمه است؛ سفارش دهنده کالای کلی را با اوصاف معینی از سازنده می خرد، از جمله آن اوصاف یکی آن که این کالا ساخت خود او باشد، نه ساخت دیگری. بیشتر موارد استصناع بدین گونه است؛ زیرا معمولاً کالای آماده بالفعل نزد سازنده وجود ندارد. این برداشت برخی از مذاهب اهل سنت است و براساس آن، استصناع را نوعی بیع سلّم می دانند و از این رو تمام شرایط بیع سلم از قبیل قبض ثمن درمجلس عقد را شرط دانسته اند. وجود همین شرط موجب محدودیت خارجی عقد استصناع می شود؛ زیرا عادتاً در حین عقد استصناع بهایی پرداخت نمی شود یا مقدار کمی



از بها پرداخت می شود و براین اساس اگر استصناع، گونه ای بیع سلم باشد، باید آن را باطل و فاسد دانست، چرا که فاقد یکی از شروط اصلی بیع سلم یعنی قبض بها در مجلس عقد می باشد.

### توجیه این شرط و تصحیح استصناع:

برخی در صدد دفع این اشکال برآمده اند و گفته اند: دلیلی نیست که پرداخت بها و قبض آن در مجلس، در بیع سلم شرط شده باشد؛ زیرا:

**الف:** اگر مدرک این مدعا آن باشد که بدون پرداخت و قبض بها، عنوان سلم بر معامله ای صدق نمی کند،<sup>۷</sup> این مدرک موجب بطلان بیع کلی در ذمه به صورت نسیه یا بدون گرفتن بها نمی شود؛ زیرا عدم صدق بیع سلم بر چنین معامله ای و عدم شمول روایات بیع سلم نسبت به آن، حداکثر نشانگر عدم صحت این معامله است و در این صورت برای اثبات صحت آن، عمومات صحت بیع از قبیل «أحلّ الله البيع»<sup>۸</sup> و «تجارة عن تراض»<sup>۹</sup> کفایت می کند.

علاوه بر این، قوام بیع سلف در لغت و نزد عرف به وجود این شرط نیست و روایات سلف نیز بر این امر دلالتی ندارند، بلکه صدق معنای سلف به لحاظ مبیع و تأخیر در تسلیم مبیع است. آری از برخی روایات سلم به دست می آید که ثمن بیع سلف نباید به صورت ذین در ذمه مشتری باشد، بلکه باید به بایع پرداخت شده باشد، ولی این معنی، اعم از پرداخت در مجلس عقد است.

**ب:** اگر مدرک این مدعا، آن باشد که در کتاب تذکره<sup>۱۰</sup> آمده است مبنی بر این که نهی

۷. سلم و سلف در لغت و نزد عرف مقابل نسیه است. اگر در مجلس عقد، بها پرداخت نشود، معامله به صورت نسیه است و بنا بر این عرفاً و لغتاً به چنین معامله ای، «سلم» گفته نمی شود و از این رو چنین معامله ای مشمول روایات سلم نخواهد بود.

۸. بقره، آیه ۲۷۵.

۹. نساء، آیه ۲۹.

۱۰. تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۳۷۴، چاپ سنگی.

از بیع دین به دین<sup>۱۱</sup> شامل هر معامله ای است که علاوه بر بیع، ثمن آن نیز در مجلس قبض نشود و در مجلس قبض نشود؛ بر این سخن نیز دو اشکال هست:

اولاً: دین غیر از عدم اقباض است و میان این دو، نسبت عموم من وجه است؛ زیرا گاهی ثمن، مال خارجی است بدون آن که در مجلس عقد، اقباض شود، بلکه پس از آن اقباض می شود، و گاهی ثمن، دین است، ولی در مجلس اقباض می شود. با این حال، چگونه می توان با دلیل نهی از بیع دین به دین، بر شرط بودن اقباض ثمن در صحت بیع سلف استدلال کرد؟

ثانیاً: ظاهر بیع دین به دین آن است که مبیع و ثمن یا دست کم مبیع، قطع نظر از این معامله، به صورت دین باشند؛ بنا بر این بیع دین به دین شامل معامله ای که در خود همان معامله، مبیع به صورت دین در می آید نمی شود، چنان که در استصناع چنین است. دست کم چنان که از سخنان فقها و فتاوی ایشان در مسأله بیع دین به دین برمی آید، در این مورد اجمال وجود دارد. افزون بر این، از برخی روایات سَلَم به دست می آید که بیع سلف به دین درست است.

ج: اگر مدرک ادعای یاد شده، نهی پیامبر (ص) از بیع کالی به کالی<sup>۱۲</sup> باشد؛ اولاً این روایت از طرق شیعه ثابت نیست و فقط در طرق عامه آمده است. ثانیاً، شاید مراد از کالی، دین باشد نه هر مبیعی که هم خود و هم ثمن آن متاخر از مجلس عقد است. کالی از مصدر «کلاثة» گرفته شده که به معنای نگهداری و مراقبت است و چنان که در مسالک آمده:

کالی یا اسم فاعل است؛ بدین معنا که گویا هر یک از خریدار و فروشنده مراقب دیگری است به خاطر مالی که در ذمه او دارد. اگر کالی بدین معنا باشد، در حدیث مذکور اضممار وجود دارد؛ یعنی بیع مال الکالی بمال الکالی بوده است.

۱۱. وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۹۹، ح ۱.

۱۲. سنن بیهقی، ج ۵، ص ۲۹۰؛ المستدرک علی الصحیحین، ج ۲، ص ۶۵.

یا کالی اسم مفعول است مثل دافق که پروزن فاعل است، ولی معنای مفعول

دارد - جهیده -، که در این صورت، در حدیث اضرار وجود ندارد<sup>۱۳</sup>

اگر کالی را به معنای دین بدانیم، به حدیث «نهی عن بیع الدین بالدین» برمی گردد که از طریق ما نقل شده است.

د: اگر مدرک ادعای یاد شده، اجماعی باشد که بیشتر فقها آن را ذکر کرده اند؛ احتمال مدرکی بودن آن هست. شاید اجماع کنندگان به برخی از روایات گذشته استناد جسته باشند؛ پس چنین اجماعی نمی تواند کاشف از قول معصوم (ع) باشد.

بر اساس موارد یاد شده، گرفتن ثمن در مجلس عقد، شرط صحت بیع کلی در ذمه - بیع سلم - نیست و در نتیجه در استصناع نیز خرید کالای ساخته شده به صورت سلف درست است و لو ثمن آن در مجلس عقد پرداخت نشود و پس از تحویل کالا پرداخت گردد و طرفین، این معاوضه را به عنوان بیع انجام داده و اسمی از سلف نبرده باشند.

#### نقد این توجیه:

انصاف آن است که این توجیه، تمام نیست؛ زیرا اجماع مذکور نزد فقهای امامیه و فقهای اهل سنت به اندازه ای واضح است که احتمال نمی رود همه اجماع کنندگان به روایات و وجوه گذشته که فقط در بعضی از اشارات و تعبیرات علامه حلی آمده است، ناظر بوده و تمسک کرده باشند، بلکه می توان ادعا کرد که در این مورد سیره متشرعان بلکه سیره عملی تمام مسلمانان بر این بوده است و ارتکاز عملی آنان چنین بوده که خرید چیزی به عنوان سلف در ذمه دیگری تا در همان مجلس عقد بهای آن را نپرداخته باشد، صحیح نیست.

بلکه شاید بتوان گفت هرگاه عوضین هر دو در ذمه و به صورت مؤجل باشند، سیره عقلا، نیز وقوع بیع و معاوضه را نمی پذیرد. چنین قراردادی شبیه نوعی وعده گذاری و

۱۳. مسالک الافهام، ج ۳، ص ۲۲۲، مؤسسة المعارف الاسلامیه.



توافق برای انجام بیعی است که در آینده و پس از تحقق یکی از عوضین و تحویل آن، صورت خواهد گرفت، اما در بیع فعلی نزد عرف حتماً باید وجود یکی از عوضین خواه ثمن یا مثنی، فعلیت داشته باشد.

آری می‌توان گفت: قدر متیقن چنین دلیل لُبّی (اجماع)، آن است که فعلیت یکی از عوضین و این که هر دو مؤجّل نباشند، در تحقق معاوضه شرط است؛ و این معنا اعم از شرطیت اقباض ثمن در مجلس عقد است. این بحثی است که باید در جای خود بدان پرداخت.

بدین ترتیب روشن می‌گردد که تحلیل استصناع براساس بیع سلم، عقد استصناع را محدود به مواردی می‌کند که ثمن در مجلس عقد گرفته شود. البته می‌توان استصناع را نه براساس بیع سلم و بیع کلی بلکه براساس بیع شخصی حتی براساس بیع معدوم - چنان که از اکثر حنفی‌ها نقل شده است - تحلیل کرد. بدین صورت که مبیع، کلی در ذمه سازنده نیست، بلکه مبیع، مشخص است؛ یعنی مشتری کالایی را که سازنده می‌سازد و کالایی واقعی است و به صورت مواد اولیه یا به صورت کلی در معین<sup>۱۴</sup> وجود خارجی متعین دارد، می‌خرد؛ چون مشتری نسبت به کالا شناخت دارد و با توجه به التزام سازنده به ساختن آن، به تحقق آن اطمینان دارد، معامله او باطل نیست. وجه بطلان معامله، امری عقلی نیست، بلکه چیزی است مانند لزوم غرر که با شناخت کالا و اطمینان از ساخت آن برطرف می‌شود.

در این صورت، استصناع از صورت بیع سلف خارج می‌شود چرا که سلف اختصاص به موردی دارد که مبیع، کلی در ذمه باشد. همچنین روایات بطلان بیع معدوم نیز شامل استصناع نمی‌شود؛ زیرا این روایات منصرف به مواردی است که مبیع در خارج شناخته شده نبوده و اطمینانی به تحقق آن در ظرف زمانی خودش نباشد که موجب رفع غرر و خطر گردد.

۱۴. هرگاه کالا به تعداد بیشتری ساخته شده باشد، کالای مورد سفارش نیز در میان آنها به صورت کلی در معین وجود خارجی خواهد داشت.





این تحلیل - و نیز تحلیلی که براساس بیع سلم صورت گرفت - اگر درست باشد، براساس آن، الزام سازنده به ساخت کالا وجهی ندارد مگر این که شرط ضمنی در این مورد وجود داشته باشد. همچنین اصل تحلیل استصناع براساس بیع، مستلزم آن است که اگر بعد از پایان ساخت کالا معلوم شد این معامله باطل بوده است، سفارش دهنده مسؤول خسارتی که از ناحیه رکود و عدم فروش کالا متوجه سازنده شده نباشد، درحالی که سفارش دهنده - در عرف - مسؤول این خسارت است؛ این مسؤولیت با تحلیل استصناع براساس اجاره و شبه اجاره سازگار است نه با بیع؛ گویا عمل سازنده از ناحیه سفارش دهنده که دستور انجام آن را داده ضمانت شده است و این همان مطلبی است که در توجیه سوم به بحث می گذاریم.

#### توجیه سوم:

استصناع، عقد اجاره یا شبه اجاره مانند جعاله است، سفارش دهنده، سازنده را برای ساختن کالایی که بر آن توافق کرده اند، اجاره می کند. در این صورت، به تبع این که سفارش دهنده به سبب اجاره مالیک عمل سازنده می شود، کالای ساخته شده نیز ملک او خواهد بود.

امتیاز این توجیه آن است که در صورت بطلان عقد، وجه ضمان سفارش دهنده نسبت به عمل سازنده را روشن می کند. کالای ساخته شده از آن سفارش دهنده خواهد بود و او ضامن اجرت عمل سازنده به اندازه متعارف (اجرة المثل) است که لامحاله برابر باقیمت همان کالای ساخته شده می باشد. شاید از همین روی برخی از حقوقدانان معاصر، استصناع را از جمله عقود اجارات قرار داده اند.<sup>۱۵</sup>

ممکن است اشکال شود که لازمه اجاره دانستن استصناع آن است که تلف کالای ساخته شده، قبل از تحویل آن، از مال سفارش دهنده باشد نه سازنده، درحالی که این برخلاف ارتکاز عرفی در باب استصناع است؛ پاسخ آن است که اعتبار تحویل این گونه عمل اجاره ای، به تحویل دادن کالای ساخته شده است نه به مجرد ساختن آن؛ بنابراین در

۱۵. شرح مجلة الاحکام العدلیه، ص ۲۱۹.



صورت تحویل ندادن کالای مزبور، اجاره فسخ می شود.

البته از این پاسخ، اشکال دیگری می تراود و آن این که اجاره، تملیک منافع است نه اعیان، درحالی که کالای ساخته شده یک عین خارجی است و با اجاره نمی توان مالک آن شد، پس تملک آن نیازمند عقد بیع با تمام شروط آن است.

در این جا تملک سفارش دهنده - که در واقع مستأجر است - بر عین مصنوع را از طریق اجاره یا شبه اجاره به دو وجه می توان تقریب کرد:

وجه نخست: عین مصنوع (کالای ساخته شده) به مثابه نتیجه و ثمره و نمای عمل سازنده است؛ بنابراین به حکم قانون تبعیت نما از اصل، این عین نیز ملک کسی است که مالک عمل است؛ چرا که مالک اصل، مالک نما نیز است. همچنان که در مورد کسی که برای حیازت اجیر شده گفته می شود: آنچه او حیازت کرده، ملک اجاره کننده است، یا مانند ثمر باغ یا درخت اجاره شده که به تبع ملکیت منفعت آن باغ یا درخت، ملک اجاره کننده خواهد بود.

اشکال این وجه آن است که قانون تبعیت دلیل لفظی ندارد تا بتوان به اطلاق آن تمسک جست؛ دلیل آن فقط سیره عقلا و ارتکاز عرفی است که شارع نیز در مواردی مثل ثمر و درخت که یکی از دو مال ذاتاً زائیده دیگری و در امتداد آن است، آن را امضا کرده است. اما در مورد استصناع، ماده کالای ساخته شده، زائیده عمل سازنده نیست و هیئت آن نیز عرفاً و شرعاً حیثیت تعلیلی همان ماده است و از این رو مال مستقلاً در قبال ماده نیست. عدم تبعیت در مورد استصناع سزاوارتر از عدم تبعیت در مورد حیازت است؛ زیرا در استصناع، ماده کالا قبل از ساخت، مال مملوک سازنده آن بوده از این رو به ناچار انتقال ملکیت آن از سازنده به سفارش دهنده به «سبب ناقل» نیاز دارد؛ برخلاف مال حیازت شده که مملوک نخواهد شد مگر به خود عمل حیازت.

تملک ثمر درخت برای مستأجر درخت، بر اساس نکته عرفی دیگری غیر از تبعیت است و آن این که ثمر، منفعت درخت نیز است؛ بنا بر این، اجاره کردن درخت به معنای تملیک منفعت آن است و از جمله منافع درخت، ثمر آن است و از همین رو برخی از فقها

در اجاره کردن درخت، شرط دانسته اند که اجاره قبل از حصول ثمر واقع شده باشد. اما در مورد استصناع، عین کالای ساخته شده نه منفعت عین دیگری است و نه منفعت عمل سازنده، البته می توان هیئت کالای ساخته شده، را منفعت عمل سازنده به شمار آورد، اما هیئت، مالی مستقل و جدا از عین نیست، بلکه همان گونه که گفتیم هیئت، حیثیت تعلیلی برای افزایش مالیت عین کالای ساخته شده است و از این جهت، انتقال ملکیت آن از سازنده به سفارش دهنده به سبب ناقلی غیر از اجاره نیاز دارد.

وجه دوم: تملک ماده کالای ساخته شده به طور ضمنی و به تبع تملک عمل سازنده حاصل می شود؛ بدین معنا که در ضمن عقد اجاره شرط می شود که اجیر (سازنده)، آن را به سفارش دهنده بدهد. همچنان که در مورد خیاطی گفته می شود که مستاجر به طور ضمنی مالک نخهایی که خیاط در دوخت لباس به کار برده است می گردد، یا در مورد رنگرزی نیز مستاجر به طور ضمنی مالک رنگی که رنگرز در عمل رنگرزی به کار برده است می شود؛ چرا که این قبیل امور بر عهده اجیر است مگر آن که خلاف آن شرط شده باشد.

اشکال این وجه آن است که تملک ضمنی ماده در مواردی مثل خیاطی و رنگرزی درست است؛ زیرا در این گونه موارد، ماده در مقدمه کاری که بر روی مال غیر صورت می گیرد مستهلک می شود و از بین می رود و وجود آن به صورت مستقل از مال مستاجر که نزد اجیر است، باقی نمی ماند. اما اگر این مواد مستهلک نشده و وجود مستقل آن محفوظ بماند، تملک آن به سبب دیگری غیر از اجاره مانند توکیل در خرید آن برای مستاجر نیاز دارد.

بنابر این، در این جا دو عقد صورت گرفته است: یکی بیع و دیگری اجاره. مثال روشن این دو عقد در موردی است که خیاط برای دوخت لباس به پارچه دیگری مثل آستر نیاز دارد و آن را به وکالت از مالک برای او می خرد.

علاوه بر این، تملک ضمنی و تبعی در موردی درست است که عین دیگری زاید بر عملی که اجیر بر روی مال مستاجر انجام داده است، وجود داشته باشد، مثل آستر برای لباس، اما در مورد استصناع، تمام ماده کالای ساخته شده، از آن سازنده است و چیزی از آن، مال سفارش دهنده نیست و در این صورت، عملیات ایجاد کالا از آن ماده، مقدمه

ساخت آن است و عین آن کالا غرض سفارش دهنده است، نه عملیات ایجاد آن، بلکه با قطع نظر از عین کالا، عملیات ایجاد آن مالیاتی ندارد. بنابراین، در اینجا دو مال وجود ندارد که یکی عمل سازنده و دیگری عین کالای ساخته شده باشد، بلکه فقط یک مال وجود دارد و آن: کالای ساخته شده یا عمل سازنده آن است که عین کالا، نتیجه و نما و فایده آن می باشد. بر این اساس، نمی توان گفت در این جا دو سبب و دو انشاء معاملی تحقق یافته است؛ یکی تملیک عمل ایجاد کالا با عقد اجاره و دیگری تملیک خود کالای تولید شده با شرط ضمن عقد. بلکه کالای ساخته شده، به مثابه نما و منفعت عمل سازنده است. که در این صورت بر اساس وجه پیشین، اجاره این عمل صحیح است و یا کالای ساخته شده، به مثابه نما و منفعت عمل سازنده نیست. و درست همین است. که در این صورت، تملیک عمل با عقد اجاره و تملیک خود کالا با شرط ضمن عقد درست نیست؛ زیرا در این جا دو مال وجود ندارد و اجاره کردن چیزی که مالیت ندارد، درست نیست. عمل ایجاد کالا اگر تملک آن کالا را برای سفارش دهنده در پی نداشته باشد، مالیت ندارد. بنابراین، معامله مزبور در واقع به یک سبب باز می گردد و آن تملیک کالای ساخته شده است با صیغه شرط.

از این سخن روشن می شود که توجیه استصناع بر اساس اجاره و جعاله در قبال تملیک کالای ساخته شده به سفارش دهنده، نیز باطل است؛ چرا که عمل تملیک مالیت مستقلی جدای از کالای تملیک شده (عین مملکه) ندارد و گرنه می توان هر بیعی را به اجاره برگرداند.

#### توجیه چهارم:

استصناع، ترکیبی از چند عقد است. به طور متعارف، استصناع بدین صورت است که: سفارش دهنده، سازنده را وکیل می کند که مواد اولیه کالا را برای او بخرد و آن را به گونه ای که وی می خواهد، بسازد. بر این پایه، استصناع اولاً مشتمل بر وکالت است؛ ثانیاً مشتمل بر خرید ماده اولیه به وکالت از سوی سفارش دهنده است و ثالثاً مشتمل بر اجاره سازنده است برای ساخت کالا بدان گونه که سفارش دهنده می خواهد با تعیین اجرتی که دو

طرف برآن توافق کرده اند؛ پس استصناع، ترکیبی است از سه عقد وکالت و بیع و اجاره. این تحلیل اگر چه دربرخی موارد مانند دوزندگی و امثال آن که عمل سازنده برمال مستاجر به توابع دیگری نیاز دارد، معقول به نظر می رسد، ولی خلاف ارتکازی است که از استصناع وجود دارد. تحلیل مذکور علاوه برآن که خلاف ارتکاز عرفی استصناع است - چرا که در استصناع این گونه نیست که حتماً سفارش دهنده، سازنده را برای خرید مواد اولیه کالا وکیل کند -، از لوازم این تحلیل آن است که اولاً: مواد اولیه خریداری شده، حتی قبل از ساخت کالا، ملک سفارش دهنده باشد و تلف و خسارت آن برعهده او باشد؛ ثانیاً: اگر سفارش دهنده قبل از شروع ساخت کالا از قصد خود برگردد، ملزم است که مواد اولیه ای را که سازنده خریده بود، برای خود بردارد؛ زیرا این مواد برای او خریداری شده بود؛ ثالثاً سازنده بدون اجازه سفارش دهنده، حق تصرف درآن مواد و تعویض آنها را نداشته باشد. درحالی که الزاماتی از این قبیل، قطعاً تناسبی با عقد استصناع ندارد.

همچنین برپایه این تحلیل، اگر معلوم شود که توکیل در خرید مواد یا اصل خرید آن مواد برای سفارش دهنده باطل بوده است، سفارش دهنده ضامن عمل سازنده نخواهد بود. پس این توجیه همانند توجیه دوم، ارتکازی را که پیش از این بدان اشاره کردیم، تفسیر نمی کند.

### توجیه پنجم:

استصناع، امر به ساختن است به وجهی که آمر، ضامن کالای ساخته شده باشد، مانند امر به انجام عملی یا اتلاف مالی با ضمانت آمر. بنا بر این، سازنده مأمور ساخت است با ضمانت سفارش دهنده، نسبت به قیمتی که برآن توافق کرده اند. سفارش دهنده پس از ساخت، در قبال تملک او بر کالای ساخته شده، ضامن قیمت آن است.

این تحلیل با ارتکاز عرفی در باب استصناع سازگار است و بقای ملکیت سازنده، بر کالای ساخته شده را، تا تحویل سفارش دهنده نشده باشد، توجیه و تفسیر می کند. از این رو سازنده می تواند آن را به شخص دیگری غیر از سفارش دهنده بدهد. فقط در این صورت، سفارش دهنده دیگر ضامن آن نخواهد بود؛ زیرا تخلف از ناحیه سازنده صورت گرفته است.

همچنین این تحلیل، ضمان سفارش دهنده را نسبت به کالای ساخته شده بعد از ساخت و عرضه آن از ناحیه سازنده، تفسیر و توجیه می‌کند، به گونه ای که پس از ساخت و تحویل کالا، قیمت مورد توافق یا قیمت بازاری آن، مال سازنده خواهد شد، بدون آن که نیازی به خرید و فروش و معامله دیگری در این مورد باشد.

اما درستی این تحلیل متوقف بر قبول توسعه در باب ضمان بالامر است. در توضیح این نکته باید گفت: بی هیچ اشکالی، امر به انجام عملی، نسبت به آن عمل ضمان دارد؛ چنان که اگر کسی امر به دوختن پیراهنی کند، ضامن قیمت دوخت خواهد بود. همچنین، در ضمان امر به اتلاف نیز هیچ اشکالی وجود ندارد؛ چنان که کسی به دیگری بگوید: مال خود را به دریا بینداز یا گوسفند خود را برای مصرف من ذبح کن و ضمان آن بر من است. همچنین از نظر عقلایی در ضمان مسمی که مورد توافق طرفین بوده، هیچ اشکالی وجود ندارد و شاید جعاله نیز از همین باب ضمان مسمی باشد.

ولی با این همه، تمام این موارد از باب اتلاف عمل یا اتلاف مال است. امر به اتلاف با شرط ضمان، موجب ضمان غرامت یا ضمان مسمایی است که بر آن توافق شده بود. اما در باب استصناع، اتلافی صورت نگرفته و کالای مصنوع، اتلاف نشده است، در این جا فقط انتقال مال یا انتقال تملیک صورت گرفته است. در این صورت می‌توان گفت: قاعده یاد شده (ضمان بالامر)، فقط توسعه ضمان اتلاف است؛ بنا بر این فقط شامل موارد امر به اتلاف مال غیر می‌شود، اما تملیک و تملک، محتاج به سبب ناقلی از قبیل بیع یا اجاره است. بر این اساس، تحلیل مذکور در مورد استصناع، تمام نخواهد بود.

در پاسخ این اشکال نیز می‌توان گفت: قاعده یاد شده نزد عقلا گسترده تر از این است و موارد اتلاف بر مالک را - ولو به صورت اتلاف مال نباشد - نیز در بر می‌گیرد. این توسعه را به دو صورت می‌توان تطبیق کرد:

صورت نخست آن که ملکیت مالک و سیطره او بر مال خود اتلاف شود، چه اتلاف حقیقی و شرعی، مانند آن که به کسی گفته شود مال خود را وقف کن یا ببخش، من ضامن آن هستم؛ و چه اتلاف عرفی، مانند آن که به کسی فرمان داده شود که مال خود را به

حکومت نشان دهد و حکومت نیز آن را به غصب بگیرد؛ در این صورت نیز آمر قطعاً ضامن قیمت آن مال خواهد بود، چرا که عرفاً او این مال را تلف کرده است.

صورت دوم آن که حتی در ملکیت مالک و سیطره او بر مال خود نیز اتلاف صورت نگرفته باشد، ولی هیئت مال بدان نحو که مطلوب مالک بوده، اتلاف شود، مانند آن که به کسی که گوشت می فروشد، گفته شود: این گوشت را برای من بپز و او نیز آن را بپزد. با این کار، گوشت از آن حالت و هیئتی که مطلوب صاحب آن بوده، خارج می شود و بنا بر این شخص آمر، ضامن قیمت گوشت یا قیمتی که بر آن توافق کرده اند، می باشد و گوشت پخته شده ولو پس از پرداخت قیمت آن، مال صاحب آن است و آمر حق ندارد او را به حال خود بگذارد و برود. در مورد غصب نیز همین را می گوئیم: اگر کسی مال غیر را به غصب گرفت و آن را تغییر داد ولو این تغییر سبب کاهش قیمت آن در بازار نگردد، ولی به صورتی درآید که برای مالک آن مفید نباشد، مالک حق دارد در قبال این تغییر، قیمت اصل مال خود یا قیمت مثل آن را از غاصب مطالبه کند. بلکه فقها در مواردی مانند جابه جایی مال غیر از جای خود به جای دیگری می گویند: «اگر مالک بخواهد، غاصب، ضامن است که آن مال را به جای اول خود برگرداند ولو آن که قیمت آن کالا در هر یک از دو مکان ثابت بوده و تغییری نکرده باشد.» بنابراین، تغییراتی که با تصرف کسی یا با امر ضامن آور کسی در خصوصیات مال غیر پدید می آید، طبق ارتکاز عقلائی ضامن خواهد داشت.

در مثال گذشته نیز مالک گوشت، حق دارد گوشت پخته شده را برای خود نگه دارد؛ زیرا تملک آمر نسبت به گوشت پخته شده فقط از باب ضمان قیمت آن بوده است؛ یعنی چون آمر، ضامن قیمت بازاری یا قیمت توافق شده گوشت مزبور است، اگر مالک بخواهد، آمر می تواند آن را تملک کند، نه این که مبادله یا تملیک فعلی صورت گرفته باشد. همین نکته است که در باب استصناع نیز مالکیت سازنده را بر کالای ساخته شده تا قبل از تحویل آن به سفارش دهنده، برای ما تفسیر می کند و بر این اساس او می تواند آن کالا را به دیگری بدهد، البته تا وقتی که مستلزم اضرار به سفارش دهنده نباشد. اگر این نکته نمی بود، می توانستیم در فرض تحویل کالا به دیگری، قائل به ضمان سازنده از باب تغیر نسبت به سفارش دهنده

شویم؛ چرا که اگر در همین زمان، سازنده کالا را به سفارش دهنده می داد، سفارش دهنده ضامن قیمت آن می بود و نمی توانست پس از ساخت کالا از آن تخلف ورزد؛ زیرا سازنده با امر تضمینی او عمل و ماده خود را اتلاف کرده بود و او ضامن عمل و ماده بود.

**اشکال:** اگر این توسعه را بپذیریم، باز هم تحلیل مذکور، ارتکازات عرفی در باب استصناع را تفسیر نمی کند؛ زیرا لازمه آن، این است که اگر سازنده، کالا را با ضمان سفارش دهنده ساخت، آن کالا ملک سفارش دهنده، خواهد شد و قیمت آن برای سازنده، بر ذمه او خواهد بود. بنا بر این اگر آن کالا قبل از تحویل به سفارش دهنده بدون تعدی و تفریط تلف شد، از مال سفارش دهنده تلف شده است. در حالی که طبق ارتکاز عرفی، این تلف از مال سازنده است، برخلاف باب معامله مانند بیع و اجاره که عدم تسلیم کالا موجب فسخ شدن معامله است.

**پاسخ:** می توان عدم ضمان سفارش دهنده را بر این اساس تفسیر کرد که امر سفارش دهنده از اول مقید به ساخت و تحویل کالا است؛ بنابراین هرگاه کالا تحویل او نشده باشد - ولو به سبب تلف شدن آن نزد سازنده - وجهی ندارد که او ضامن باشد.

انصاف آن است که توجیه پنجم را نیز نمی توان پذیرفت؛ زیرا ضمان امر در باب اعمال بیش از ضمان تلف و هدر شدن عمل انجام یافته خارجی نیست و به هیچ وجه شامل ضمان اعیان موجود خارجی نمی شود. در مثال امر به پختن گوشت نیز با فرض تملک مشتری بر گوشت پخته شده و لوبه معاطات و رضایت طرفین، فقط ضمان عمل پختن را می پذیریم؛ بنابراین، امر فقط ضامن عمل است، نه ضامن عین ماده.

این سخن بدان معنا است که در باب استصناع، ماده ساخته شده اگر به سبب دیگری مانند عقد بیع و امثال آن به سفارش دهنده تملیک نشده باشد، همچنان ملک سازنده باقی خواهد ماند و مجرد امر به ساختن آن برای تملیک آن به سفارش دهنده کافی نیست. آری، می توان پذیرفت که هرگاه امر کالای ساخته شده را نپذیرد، امر او به ساختن کالا، موجب ضمان زیان ها و خساراتی است که به سازنده وارد می آید، زیرا این کار در حکم امر به اتلاف مال سازنده است.

