

## بیع استصناع

جمشید جعفرپور\*

چکیده: «بیع استصناع» به معنای فروش به سفارش می‌باشد. فروشنده متعهد به ساخت و تحویل کالایی مطابق سفارش خریدار می‌گردد و عقد بیع در زمان سفارش منعقد می‌گردد.

چنین عقودی در جوامع عقلایی رسمی و پذیرفته شده می‌باشد. آنچه به طور مشهور به فقه شیعه منتسب می‌شود «عدم صحت» چنین معاملاتی است. مقاله حاضر عهده‌دار بررسی این پدیده بر اساس موازین فقهی شیعه می‌باشد.

### مقدمه

احکام و قوانین اسلام در یک تقسیم‌بندی کلی به دو دسته اصلی تقسیم می‌شود: احکام عبادی و احکام اجتماعی.

احکام عبادی عمدتاً ناظر به رابطه فرد با خداوند و یادآور موقعیت او در هستی و تذکر هدفی است که برای آن خلق شده است.

احکام اجتماعی که گستره وسیعی، همچون مناسبات تجاری و اقتصادی، احکام خانواده،

قوانین مدنی و کیفری را شامل می‌شود ناظر بر تنظیم روابط بین افراد در اجتماعات بشری و تعیین نحوه تعامل میان آنهاست.

از دیرباز برخوردی دوگانه نسبت به شریعت و احکام آن در میان مسلمانان رایج بوده است. برخی هم اسلام را جاودانه می‌دانند و هم احکام آن را، و معتقدند که حرام و حلال الهی قابل تغییر نیست.<sup>۱</sup>

برخی دیگر اسلام را دینی جاودانه و احکام آن را متغیر و قابل انطباق با همه زمانها می‌دانند و معتقدند احکام اسلام پاسخگویی نیازهای هر عصر و دوره‌ای است. با توجه به این دو موضع این پرسش مطرح می‌شود که جمع بین ثبات شریعت و تغییر احکام چگونه ممکن خواهد بود؟ پاسخ این پرسش بر عهده اجتهاد متحول و پویایی است که بر اساس مبانی و احکام ثابت شریعت شکل گرفته است. از نظر معتقدان به این نحوه از اجتهاد، وظیفه دین تنها پرداختن به مسائل اخروی نیست؛ بلکه همان طور که بخش عمده تعالیم و مقررات دین برای اداره زندگی بشر فرو فرستاده شده است، وظیفه عمده آن نیز پاسخگویی به نیازهای بشر در هر عصر و زمانی است. اینان معتقدند که دین توان آن را دارد که قوانین و مقررات متناسب با اهداف اصلی خلقت و همسو با آفرینش را در دل جامعه متمدن ارائه دهد.

یکی از عوامل تحول اجتهاد توجه به مبانی عقلایی و عرفی در مسائل اجتماعی است. رشد مدنیت و پیچیده شدن روابط اجتماعی، موجب پیدایش انواع گوناگون ارتباطات و تأسیسات حقوقی جدید و عمق یافتن گونه‌های پیشین آن گردیده است. ارتباطات و تأسیساتی که متناسب با شرایط هر عصر برای رفع نیازهای جامعه در سطح و عمق گسترش می‌یابد. بررسی مواجهه شرایع با این عرفها و بناهای عقلایی نشان می‌دهد که با توجه به سرچشمه‌های «فطری و عقلی» آنها که مورد تأیید شرع است، شرع با تأیید و امضای خود به درستی آنها صحه می‌گذارد. اسلام هم در برخورد با عرفهای زمان خود - جز آنها که ناصحیح و غیر منطبق با بناهای عقلایی بودند - آنها را امضا و تأیید کرد و هم آنچه را که در آینده و در سطح جهانی با عرف عقلایی منطبق باشد می‌پذیرد و تأیید و امضا می‌کند؛ چون عرف عقلا به عنوان دلیل و کاشف از حکم شرعی است و می‌تواند نقش بسزایی در متحول نمودن و به روز کردن فقه داشته باشد.<sup>۲</sup>

اسلام، علی‌الاصول، انواع و اقسام عرفهای تجاری معقول را تأیید کرد و تنها برخی را که ظالمانه و غیرمنصفانه بود حرام و باطل اعلام نمود.<sup>۳</sup> همچنین معاملاتی را که غیرعقلایی و

مبتنی بر شانس و تصادف بود و منجر به غرر می‌شد مردود دانست؛ زیرا این نوع معاملات موجب کینه، عداوت و منازعه می‌شوند. از جمله این معاملات می‌توان «بیع ملامسه، بیع الحصاة، بیع حبل الحبله و بیع غائص» را نام برد.<sup>۴</sup>

یکی از انواع معاملاتی که در همه جوامع مورد نیاز است و از آن استفاده می‌شود «بیع استصناع» است. در این نوشتار بر آنیم که به مدد دیدگاه عرفی و توجهی که شرع نسبت به نیازها و راه حل‌های عرفی و عقلایی دارد و همچنین با توجه به کلیاتی که در ادله نسبت به معاملات و مناسبات تجاری اعلام شده است به بررسی مشروعیت بیع استصناع از دیدگاه شرع بپردازیم:

### بررسی بیع استصناع

منظور از استصناع، خرید کالایی است که طبق سفارش خریدار تهیه می‌گردد. در موسوعه جمال عبدالناصر بیع استصناع چنین تعریف شده است:

عقدی است بر کالای در ذمه که ساخت آن مطابق خصوصیات و

شرایط معین شده در عقد و در مقابل بهای معینی صورت می‌گیرد.<sup>۵</sup>

صورت عملی این معامله به این ترتیب است که خریدار با مراجعه به سازنده کالای مورد نظر و ارائه شرایط و صفات کالای مورد درخواست و بهایی که حاضر است بابت آن بپردازد رضایت سازنده را جلب می‌کند و قرارداد معامله بین آنان منعقد می‌شود. چنانکه مشهود است بیع استصناع از جهاتی با بیع سَلَمٌ شباهت دارد. برخی جهات شباهت آنها عبارت است از:

(۱) بیع استصناع همانند بیع سَلَمٌ در مورد کالاهایی صورت می‌گیرد که نه در نزد فروشنده موجود است و نه اساساً وجود خارجی دارد؛ بلکه باید کار ساخت آن پس از قبول سفارش شروع شود.

(۲) در استصناع همانند سَلَمٌ باید جزئیات و مشخصات کالای مورد نظر به طور کامل بیان شود تا خریدار نسبت به کالای خریداری شده علم داشته باشد و معامله، مجهول و مصداقی از بیع غرری نباشد.

(۳) هم در سَلَمٌ و هم در استصناع کالای توصیف شده در ذمه فروشنده آن قرار می‌گیرد و فروشنده باید در موعد مقرر آن را تسلیم خریدار نماید.

در جوامع امروزی نمونه‌هایی از بیع استصناع متداول است. نمونه‌هایی چون:

درخواست سفارش خلق یک اثر هنری از قبیل نقاشی، خطاطی، پیکرتراشی، نویسندگی، فیلمسازی و... افراد هنر دوست حاضرند با پرداخت مبالغ هنگفت، یک اثر هنری را با مشخصات معین به یک هنرمند سفارش دهند و این رغبت در عرف عقلا مورد انکار قرار نمی‌گیرد. صاحبان اینگونه آثار بعد از تحویل گرفتن اثر آن را با افتخار در معرض دید دوستان و آشنایان و هنردوستان قرار می‌دهند.

سفارش ساخت و دوخت کفشهایی با ویژگیهای مورد نیاز خریدار، در گذشته و حال، امری متداول بوده است.

سفارش ساخت مصنوعات گرانبه‌قیمت همچون هواپیما یا کشتی به کارخانجات و صنایع هواپیماسازی و کشتی‌سازی در تجارت بین‌المللی امری متعارف و روزمره است و به دلیل آنکه از طریق استانداردهای پذیرفته شده جهانی تمام جزئیات کالا اعم از مواد به کار رفته در بدنه، نوع و قدرت موتور، تجهیزات ایمنی، امکانات رفاهی و غیره بوضوح مشخص می‌گردد اساساً هیچ احتمال غور در این معاملات داده نمی‌شود و عرف عقلا با اطمینان خاطر به آن اقدام می‌نماید.

بنابراین، استفاده از این نوع معامله و تأمین نیازهای فردی و اجتماعی از طریق آن، امری کاملاً رایج و مورد قبول عرف در هر کشور و هر ملتی است. با اطمینان می‌توان گفت که معامله استصناع نوع جدیدی از معامله نیست که در قرون اخیر به وجود آمده باشد؛ بلکه باید برای آن پیشینه‌ای به قدمت تاریخ پیدایش خرید و فروش و برقراری روابط تجاری بین بشر در نظر گرفت. مسلماً در زمان پیامبر (ص) و تشریح احکام نیز این نوع بیع امری متداول بوده است؛ اما در ادله احکام، دلیل روشن و صریحی که مستقیماً جواز یا عدم جواز آن را بیان کند در دست نیست. از این رو حقوقدانان و فقهای مذاهب کوشیده‌اند بر اساس عموماً و قواعد کلی درباره بیع استصناع اظهار نظر نمایند.

ممکن است در تلاش برای تصحیح این بنای عقلایی، استصناع موردی از اجاره معرفی شود. منتها واقعیت آن است که بین استصناع و اجاره تفاوت ماهوی وجود دارد. یک تفاوت عمده آن است که صانع یا فروشنده تنها به ساخت کالا اقدام نمی‌کند؛ بلکه مکلف است مواد اولیه مورد نیاز را شخصاً فراهم نماید و چه بسا ناچار گردد معاملات و قراردادهای متعددی برای تهیه مواد مورد نیاز خود منعقد نماید.<sup>۶</sup> توجه به همین نکته ممکن

است برخی را بر آن بدارد که استصناع را عقدی مرکب از اجاره و وکالت بدانند که مستصنع یا سفارش‌دهنده علاوه بر اجیر کردن صانع برای ساخت کالا، او را در تهیه مواد اولیه مورد نیاز نیز وکیل می‌کند. اما روشن است که خریدار اساساً ارائه چنین وکالتی را مدنظر نداشته و تنها خواهان کالای مورد نظر بوده است.

فرق دیگر استصناع با اجاره آن است که در اجاره عقد بر عمل اجیر صورت می‌گیرد و بها در مقابل آن پرداخت می‌گردد، در حالی که در استصناع عقد بر عین و کالای خارجی صورت می‌گیرد و بها نیز برای کالا دریافت می‌شود.

همان‌گونه که بیان شد به دلیل فقدان ادله صریح درباره استصناع، سؤالاتی از قبیل شرعی بودن استصناع و نیز شرایط لازم‌الرعايه در استصناع با پاسخهای متفاوتی روبه‌رو شده است که از نحوه انطباق عموماً و شیوه نگارش و بینش صاحب‌نظران اسلامی ریشه گرفته است. در این مقاله، ابتدا نظریات مذاهب اسلامی را در این مورد ارائه کرده و سپس به داوری و گزینش پاسخ صحیح خواهیم پرداخت.

### بررسی استصناع در فقه اهل سنت

در مذاهب اهل سنت، مالکها اساساً استصناع را یک عقد مستقل نمی‌شناسند؛ بلکه آن را نوعی از سلم می‌دانند که باید تمامی شرایط سلم در آن رعایت شود که از آن جمله تسلیم بها در مجلس عقد و تعیین سررسیدی برای تحویل کالای ساخته شده می‌باشد.<sup>۷</sup>

بر اساس آنچه در کشاف القناع آمده در نظر حنبلیها اساساً استصناع معامله مشروعی نیست؛ زیرا در بیع صحیح شرط است که فروشنده بتواند کالا را در زمان عقد تحویل دهد و کالایی که نتوان آن را به هنگام عقد تسلیم نمود؛ مانند معدوم است و همچنان که بیع کالای معدوم جایز نیست، بیع کالایی که شبیه معدوم است نیز جایز نمی‌باشد.<sup>۸</sup>

شافعیها نیز معتقدند که بر اساس معیارهای شناخته شده استصناع نمی‌تواند معامله‌ای مستقل و مورد قبول شرع باشد.<sup>۹</sup> به عقیده این دو مذهب استصناع را باید در قالب سلم و با شرایط آن انجام داد.

ابوحنیفه معتقد است که استصناع هر چند از طریق قیاس با موارد صحیح و مشروع قابل تصحیح نیست، اما از باب استحسان می‌توان آن را جایز دانست. زیرا در تمامی دوره‌ها اینگونه

معامله امری متعارف و رایج بوده است که به وسیله آن برخی نیازهای جاری جامعه رفع شده است. همچنین، این نوع معاملات هرگز مورد انکار نیز واقع نشده است. بنابراین از همین «اجماع عملی» مسلمین می‌توان به جواز و مشروعیت آن پی برد. منتها چون مشروعیت آن از طریق استحسان و نه قیاس ثابت می‌شود باید صرفاً به کالاهایی چون کلاه، کفش، جوراب، ظروف و نظایر آن که معاملات متعارف جامعه است محدود شود و از مواردی چون درخواست بافتن لباس با مواد اولیه فرد بافنده خودداری شود؛ چون چنین معاملاتی در عرف جامعه رایج نیست. چنانچه استصناع در غیر موارد و مصادیق معمول به کار گرفته شود به عقد سلم مبدل می‌گردد و باید تمامی شروط در آن مراعات گردد. بجز شرط فوق، ابوحنیفه دو شرط دیگر را نیز در استصناع لازم می‌داند:

(۱) تعیین جنس، نوع، مقدار و صفات مصنوع مورد نیاز به گونه‌ای که احتمال غرر و نزاع را منتفی سازد.

(۲) مدت زمانی برای تحویل مصنوع تعیین نگردد. در غیر این صورت استصناع به سلم تبدیل می‌شود.

البته ابویوسف و محمدبن سلمه، از فقهای برجسته حنفی، شرط دوم را لازم نمی‌دانند. به عقیده این دو تن می‌توان استصناع را بدون ذکر سررسید و یا با سررسیدهای معین هم منعقد ساخت. زیرا به نظر آنان تعیین مهلت و سررسید صرفاً برای آن است که صانع یا فروشنده در کار خود تعجیل نماید و از زمان مقرر دیرتر کالا را تحویل ندهد.<sup>۱۰</sup>

در مذهب حنفی پرداخت بهای کالا در مجلس عقد ضرورتی ندارد، و برخلاف سلم می‌توان بهای آن را بعداً پرداخت کرد.<sup>۱۱</sup> گذشته از اصل مشروعیت استصناع به عنوان عقدی مستقل از سلم که مورد توافق علمای حنفی است در نگرش به احکام و نتایج حاصله از استصناع وحدت نظری وجود ندارد.

بعضی از بزرگان حنفی همانند حاکم، صفار و محمدبن سلمه معتقدند استصناع از عقود معاوضی نیست و صرفاً مواعده و مقاوله است و هرگاه صانع، کالا را مطابق اوصاف و شرایط مقرر به مستصنع تحویل داد از آن زمان عقد استصناع برقرار می‌گردد.<sup>۱۲</sup>

اما نظر صحیح‌تر در میان این مذهب آن است که استصناع از همان زمان قرارداد در حکم بیع است. چنانکه گفته شد استصناع برخلاف قیاس و قاعده کلی «لا تبع ما لیس عندک» می‌باشد و

تنها از طریق استحسان و عادت جاری مردمان اثبات می‌شود و وعده را نمی‌توان با استحسان مشروعیت بخشید. به علاوه، خیار رؤیت که در استصناع وجود دارد تنها مختص بیع است و در مواعده جایی ندارد.<sup>۱۳</sup> عقد استصناع را اکثر فقهای حنفی از عقود جایز می‌دانند و برای آن مراحل قابل شده‌اند:

مرحله اول از زمان انعقاد قرارداد شروع می‌شود و تا قبل از شروع به کار از جانب صانع ادامه می‌یابد. تمامی علما عقد را در این مرحله جایز می‌دانند.

مرحله دوم از شروع به ساخت تا پایان کار را شامل می‌شود. در این مرحله نیز اتفاق نظر وجود دارد که طرفین در امضا یا فسخ قرارداد مختارند. بنابراین، در این مرحله و قبل از آنکه مستصنع کالای ساخته شده را ببیند، صانع می‌تواند آن را به دیگری بفروشد زیرا عقد جایز است و آنچه بر آن توافق شده عین تولید شده در خارج نیست؛ بلکه مثل آن است که به طور کلی در ذمه صانع قرار گرفته است. اگر صانع کالای ساخته شده را نزد مستصنع بیاورد بدین معنا است که خیار خود را در فسخ قرار داد اسقاط کرده و رضایت داده که کالا متعلق به مستصنع باشد.

به نظر ابوحنیفه مستصنع حتی پس از ملاحظه کالا نیز خیار فسخ دارد؛ زیرا چیزی را که ندیده بوده خریداری کرده است. اما ابویوسف معتقد است چنانچه مستصنع کالا را مطابق درخواست خود بباید عقد از جانب او نیز لازم است و خیار فسخ ندارد؛ زیرا در صورت فسخ، ضرر متوجه صانع می‌گردد که بنابر درخواست مستصنع مواد اولیه و نیز وقت خود را هدر داده است.<sup>۱۴</sup> در مقابل ابویوسف گروهی استدلال می‌کنند ضروری که از فسخ قرارداد متوجه مستصنع می‌شود به مراتب از ضرر صانع بیشتر است؛ زیرا استصناع برای رفع نیاز مستصنع تشریح شده که با فسخ قرارداد نیاز او کماکان به جای خود باقی است. اما صانع با مهارتی که در کار خود دارد می‌تواند با تغییر شکل کالا آن را به خریدار دیگری بفروشد.<sup>۱۵</sup>

واقعیت آن است که در عصر حاضر نظر ابویوسف با واقعیت مطابقت بیشتری دارد تا رأی ابوحنیفه که غیر عملی و غیر اجرایی است؛ زیرا از یکسو اصل در معاملات بر لزوم آنهاست و از سوی دیگر در شرایط امروزی مصنوعات چگونگی کشتیهای غول پیکر و هواپیماهای بزرگ - که در ساخت آنها مواد فراوان و گرانبه‌ای به کار می‌رود - از طریق بیع استصناع خریداری می‌شود. دین ترتیب، چگونه می‌توان پذیرفت که سفارش‌دهنده حق داشته باشد بدون ارائه دلیل موجه و با وجود مطابقت مصنوع با قرارداد، خواهان لغو معامله و استرداد بهای پرداختی باشد. افزون

بر این، قول ابوحنیفه از لحاظ موازین فقهی نیز اشکال دارد؛ زیرا رویت کالا یکی از طرق معلوم کردن میباع است و در کنار آن توصیف و بیان خصوصیات کالا به گونه‌ای که احتمال غرر را منتفی سازد نیز از راههای علم پیدا کردن به کیفیت کالا است. در استصناع از طریق دوم استفاده می‌شود و این امر در فقه قطعی است که اگر کالا مطابق با اوصاف توافق شده تحویل گردد خریدار حق فسخ معامله به استناد «خیار ما لم یره» را ندارد.

### بررسی استصناع در فقه شیعه

بجز معدودی از فقهای شیعه، اکثریت آنان راجع به استصناع اظهار نظر نکرده و مطلبی نگاشته‌اند. شیخ طوسی از جمله کسانی است که به طور صریح در این باره اظهار عقیده کرده است:

خریداری چکمه، کفش، ظروف چوبی، طلائی، سرب و آهنی به صورت استصناع جایز نیست و همین نظر را شافعی نیز دارد. ابوحنیفه به خاطر آنکه مردم آن را عمل می‌کنند جایز دانسته است. دلیل ما برای باطل بودن استصناع دو چیز است:

یکی آنکه، فقهای شیعه اجماع دارند که تسلیم مصنوع بر صانع واجب نیست و او بین تحویل مصنوع یا بازگرداندن بها مختار است. و بر مشتری نیز واجب نیست مصنوع را بپذیرد و تحویل بگیرد. اگر استصناع عقد صحیحی بود نباید این موارد جایز باشد.

دلیل دوم آنکه، کالای مصنوع مجهول است نه از طریق رویت به آن علم پیدا می‌شود و نه اینکه صفات آن بیان می‌شود تا در ذمه صانع باشد. بنابراین لازم است از این شیوه معامله منع شود.<sup>۱۶</sup>

با وجود آنکه اکثریت قابل توجهی از فقهای شیعه دربارهٔ صحت و مشروعیت استصناع - نفیاً یا اثباتاً - اظهار نظر نکرده‌اند، نظریهٔ شیخ طوسی باعث شده که برخی از فقها در کتب خود<sup>۱۷</sup> آن را دلیل بر مخالفت فقه شیعه با استصناع بدانند. در حالی که می‌توان دلایل شیخ طوسی را باطل کرد و ما در حال حاضر در صدد چنین امری هستیم.

دلیل اول شیخ این است که فقهای شیعه اجماع کرده‌اند که در استصناع سازندهٔ کالا می‌تواند



علی‌رغم توافق با سفارش‌دهنده و دریافت بها، پس از اتمام کار آن را تحویل ندهد و پول را به صاحب آن برگرداند و مشتری نیز می‌تواند از قبول کالایی که سفارش داده و برای او ساخته شده خودداری نماید. بنابراین عقدی با این ویژگیها نمی‌تواند مشروع و جایز باشد. حال، با توجه به اینکه فقهای پیش از شیخ در این باره اظهارنظر نکرده‌اند، اجماع ادعایی از کدام طریق برای شیخ محقق شده است؟ یا مراجعه به کتب معتبر فقهای نام‌آور قبل از شیخ طوسی، همانند مقنع شیخ صدوق (متوفی ۳۸۱ ق.)، مقنعه شیخ مفید (متوفی ۴۱۳ ق.)، انتصار و مسائل الناصریات سید مرتضی (متوفی ۴۳۶ ق.)، کافی ابوصلاح حلبی (متوفی ۴۴۷ ق.) روشن می‌شود که در کتب مذکور هیچ اظهار نظری درباره این مسأله نشده است که با استناد به آن بتوان ادعای اجماع را پذیرفت.

دلیل دوم شیخ آن است که استصناع بیع مجهول است؛ زیرا نه کالا مشاهده می‌شود و نه صفاتش مشخص می‌شود. پس کالا مجهول باقی می‌ماند و معامله بر شیء مجهول نیز باطل است. البته کبرای قیاس یعنی بطلان بیع مجهول امری واضح و تردیدناپذیر است و چنین معامله‌ای از نظر عقلی معامله‌ای غرری است که از آن نهی شده است. اما اینکه استصناع مصداقی از بیع مجهول باشد قابل قبول نیست؛ زیرا چنانکه گذشت تمامی کسانی که استصناع را پذیرفته‌اند بر اینکه باید خصوصیات کالا چنان وصف شود که جهالت و غرر را رفع کند تأکید نموده‌اند. عملکرد روشن و خالی از ابهام عرف حاضر در مبادلات و داد و ستدها بهترین گواه این ادعاست. امروزه در مبادلات سنگین بین‌المللی، کالا چنان به طور جزئی و دقیق توصیف می‌شود که گویی یک شیء موجود، حاضر و ساخته شده 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 به طور کامل تشریح می‌شود و بر آن اساس قرارداد منعقد می‌گردد. بنابراین از این بابت هیچ جهلی به معامله راه نمی‌یابد. اساساً اینکه، هیچ انسان عاقلی راضی نمی‌شود که کالایی را خریداری کند که اولاً نمی‌داند آیا جنس را تحویل می‌گیرد یا خیر، و ثانیاً نمی‌داند که در صورت تحویل دارای چه خصوصیات و اوصافی است. از طرف دیگر، هیچ فرد متعارفی اقدام به ساخت و فروش کالا برای فردی نمی‌کند که نمی‌داند آیا مشتری

اوست یا نه و نمی‌داند که آیا کالا را از او تحویل می‌گیرد یا خیر. چنین کاری هدر دادن وقت و مواد اولیه است. اینگونه داد و ستد در هیچ زمانی، حتی در عصر شیخ طوسی، که روابط تجاری محدود بود و معامله استصناع در مورد کالاهای کم‌ارزشی همچون کفش و ظرف انجام می‌شد قابل تصور نیست.

نتیجه آنکه دلایل شیخ بر بطلان بیع استصناع ناتمام است و با توجه به موازین شرعی که بر مبادلات عرفی و عقلایی صحه می‌گذارد باید به صحت بیع استصناع قائل شد؛ زیرا همان‌گونه که گفته شد دلیل اصلی شرع در اعلام بطلان بعضی از معاملات، غرری بودن آنهاست و عرفاً خود دقیقاً به این نکته توجه دارد. در مناسبات تجاری عصر حاضر، به طور گسترده، از شیوه استصناع استفاده می‌شود و این نوع معامله اختصاص به جوامع خاصی ندارد. گستردگی استفاده از این نوع معامله دلیل بر آن است که در معامله استصناع غرر راه ندارد. بنابراین، به صراحت می‌توان اعلام کرد که با رعایت ضوابط، استصناع عملی مباح و معامله‌ای صحیح است.

از لحاظ جایز یا لازم بودن معامله نیز استصناع مصداقی از عقد بیع است و می‌توان از آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُود»<sup>۱۸</sup> برای تبیین آن استفاده کرد؛ چون «ال» در العقود «ال» جنس است نه عهد. با تمسک به این آیه اثبات می‌شود که استصناع همانند سایر عقود، عقد لازم است و نمی‌توان بدون دلیل موجه نسبت به فسخ آن اقدام کرد، مگر آنکه در قرارداد استصناع، خیار بیع پیش‌بینی شده باشد که به استناد آن معامله فسخ شود یا با رضایت طرفین، قرارداد اقاله و ادامه کار متوقف گردد.

برخی از حقوقدانان معتقدند سفارشات که امروزه به کارخانجات و صنعتگران برای ساخت کالا داده می‌شود بیع استصناع صحیح نیست. به نظر اینان چنین معاملاتی به دلیل عدم وجود کالا از یکسو، و عدم پرداخت بها از سوی دیگر، غرری و غیر قابل تصحیح است. البته آنها معتقدند این سخن بدان معنا نیست که این رویه متعارف، در جوامع امروزی، بر اساس موازین شرعی به هیچ رو قابل تصحیح نباشد بلکه معتقدند چنین معاملاتی را نمی‌توان به عنوان بیع پذیرفت؛ در نظر این عده این نوع معاملات شروط و تعهداتی هستند که سازنده می‌پذیرد و بدان گردن می‌نهد. از جمله می‌پذیرد که پس از اتمام کار، کالای ساخته شده را به سفارش‌دهنده بفروشد. با لحاظ آنکه «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»<sup>۱۹</sup> شرطهای ابتدایی را نیز شامل می‌شود. هر کدام از طرفین متعهدند در زمان مقرر و با شرایط مندرج در قرارداد به ساخت کالا، تحویل آن و

تسلیم بها اقدام نمایند و حقّ تخلف از تعهد خود را نیز ندارند.

در پاسخ این حقوقدانان باید گفت آنچه در عمل اتفاق می‌افتد غیر از آن چیزی است که در فرضیه فوق تصویر شده است. هیچ‌گاه عرف عقلا و طرفین تجارت توافقات انجام شده را نوعی تعهد به فروش در آینده نمی‌داند، لذا پس از ساخت کالا هیچ قرارداد جدیدی به عنوان بیع منعقد نمی‌گردد؛ بلکه به استناد همان قرارداد سابق کالا به سفارش‌دهنده تحویل می‌گردد. یعنی قرارداد اولیه از همان ابتدا یک قرارداد فروش است و سفارش‌دهنده از همان ابتدا خود را مالک کالا دانسته و در صورت لزوم کالای در دست ساخت را به دیگری می‌فروشد.

منظور آنکه عرف این رابطه تجاری را نوعی بیع می‌داند و همگان معتقدند که تشخیص مصادیق بیع در هر زمان بر عهده عرف است و چنانچه عملی در نزد عرف به عنوان مصداقی از بیع شناخته شد اطلاق «أَخْلَأَ اللَّهُ التَّبِيعَ» شامل آن می‌شود.

تنها نکته‌ای که باید متوجه آن بود این است که بیع غرری نباشد و چنانچه قبلاً نیز گفته شد با توجه به تضمینات کافی در تجارت امروز جهان، عدم وجود کالا و عدم پرداخت نقدی بها بیع را غرری نمی‌کند.

### تفاوت استصناع و سلم

با توجه به ویژگیها و احکامی که برای استصناع بیان شد مشخص می‌گردد تنها فرق اساسی که بین استصناع و سلم وجود دارد در مسأله تحویل بهای کالا است. در سلم، بر این نکته اتفاق شده که تحویل بهای کالا، یعنی قبض ثمن، باید قبل از تفرق و در هنگام عقد صورت گیرد؛ ولی در استصناع این محدودیت وجود ندارد. چنین شرطی در سلم ذکر شده تا معامله مصداقی از «بیع کالی به کالی» نباشد و در استصناع این نوع معامله قرار نگیرد.

آن دسته از فقهای اهل سنت که قائل به صحت استصناع هستند باید راهی برای فرار از این محذور پیدا کنند. زیرا اگر بتوان بهای کالا را پرداخت در حالی که خود کالا نیز در ذمه است این معامله از موارد «بیع نسیه به نسیه» یا «بیع ذئین به ذئین» قرار می‌گیرد که آن را نیز ممنوع دانسته‌اند. برای تعیین اینکه استصناع عقدی مستقل از سلم است یا اینکه مصداقی از آن می‌باشد باید ابتدا بررسی کنیم شرط تحویل بها در مجلس عقد که در سلم مقرر شده از کجا ریشه گرفته است. چنانچه این شرط مستقیماً از روایات معتبر اخذ شده باشد که همان مستحب است و نباید آن را

پذیرفت. ولی اگر برای فرار از بیع کالی به کالی این شرط در معامله سلم پیش‌بینی شده باشد باید به معنای کالی به کالی رجوع کرد تا بتوان درباره این شرط قضاوت نمود.

در کتب روایی هیچ دلالت صریحی مبنی بر لزوم پرداخت بهای کالا قبل از تفرق دیده نمی‌شود. در کتاب وسائل الشیعه تنها سه روایت در این بخش آورده شده که نه تنها هیچ کدام بر این شرط دلالت ندارد؛ بلکه تا حدّ زیادی جواز آن را هم ثابت می‌کنند:

روایت اول:

اسماعیل بن عمر از شخصی مقداری پول طلب داشت. آن شخص به اسماعیل پیشنهاد کرد که در مقابل آن طلب، خوردنیایی را به صورت سلم تا زمان معینی به او بفروشد. اسماعیل از آن شخص خواست حکم مسأله را سؤال نماید. حضرت فرمود: مانعی ندارد. اسماعیل خود به نزد حضرت آمد و سؤال را مطرح کرد و گفت: من از فلانی خواستم حکم مسأله را از شما بپرسد و شما فرمودید اشکالی ندارد. حضرت فرمود: در این باره دیگری که نزد شما هستند چه می‌گویند؟ گفتم: آنها می‌گویند فاسد است. حضرت فرمود: آن کار را انجام نده. چنین گمان می‌کردم که جایز است. ۲۰

روایت دوم:

امام صادق (ع) فرمود که پیامبر (ص) فرمود: دین به دین فروخته نمی‌شود. ۲۱

روایت سوم:

از امام کاظم (ع) درباره معامله سلم با دین پرسیدم. فرمود: اگر بگویی این و این را در مقابل این و این از تو خریدم مانعی ندارد. ۲۲

در بررسی روایت اول مشخص می‌شود که امام (ع) ابتدا حکم مسأله را بیان فرموده و پس از اعلام این نکته از سوی اسماعیل که این حکم مخالف عامه است حضرت تنها عدم انجام آن معامله را بر اساس حکم واقعی امر کردند و حتی حکم مخالفین را از روی تقیه تکرار ننمودند و با ذکر «فانی اوهمت» قرینه‌ای نیز برای تقیه بودن آن قرار دادند.

در روایت دوم نیز به طور کلی از معامله دین به دین نهی شده که باید منظور از معامله دین به دین تفسیر گردد.

در روایت سرم کلمه «لابأس» مشروعیت معامله سلم را که قبض ثمن در مجلس صورت نگرفته نشان می‌دهد و شرطی هم که در روایت آمده برای تعیین دقیق بهای کالا است تا معامله بر شیء مجهول و غرری صورت نگیرد.

در مراجعه به کتب متعدد فقهی، که تقریباً تمامی آنها در بیع سلم شرط قبض قبل از تفرق را ذکر کرده‌اند، این نکته روشن می‌شود که هیچ کدام مستندی از روایات ارائه نداده‌اند که این شرط را اعتبار کرده باشد و همه این امر مسلم را از این ناحیه می‌دانند که در صورت تفرق و عدم تسلیم بهای کالا، این معامله مصداقی از بیع کالی به کالی خواهد شد که بطلان آن جای شبهه ندارد؛ مثلاً شهید اول در این خصوص می‌فرماید:

اگر شرط شود که در سلم، بهای کالا بعداً پرداخت شود معامله باطل است؛ زیرا این معامله کالی به کالی است. حتی اگر این مهلت بسیار کوتاه باشد و در همان مجلس هم بها دریافت شود. اگر شرط شود که بهای کالا دینی باشد که خریدار بر فروشنده دارد باز هم معامله فاسد است... ظاهر کلام این جنید آن است که می‌توان دریافت بها را تا سه روز پس از عقد به تأخیر انداخت که این قول مورد اعتنا واقع نمی‌شود.<sup>۲۳</sup>

هر فقهی که برای شرط «قبض ثمن قبل از تفرق» دلیلی ارائه کرده به همین مسأله کالی به کالی استناد کرده است.<sup>۲۴</sup>

بنابراین نتیجه‌ای که تا این مرحله به آن دست یافته‌ایم این است که فرق اساسی بین سلم و استصناع، یعنی شرط تحویل بهای کالا، به هنگام عقد امری تبعیدی نیست بلکه دایر مدار تفسیری است که از بیع کالی به کالی یا بیع دین به دین می‌شود. در بررسی بیع کالی به کالی می‌توان ثابت کرد مثالهای مذکور در کلام شهید اول مصداق کالی به کالی نیست. با پذیرش این مبنا دو نتیجه بسیار مهم به دست می‌آید:

اول آنکه شرط تحویل بها به هنگام انعقاد سلم که بر آن اصرار فراوان شده است از مجموعه شرایط صحت سلم حذف خواهد شد و آنچه در ادله سلم مبنی بر قبض ثمن در مجلس آمده شرط لزوم سلم است نه شرط صحت آن؛ یعنی می‌توان سلم را منعقد کرد و بهای کالا را بعداً پرداخت نمود.

دوم آنکه فرق بین استصناع و سلم از بین می‌رود و آنچه عرف جامعه از دیرباز به آن اقدام

می نمود و با عنوان استصناع مورد انکار بعضی از مذاهب اسلامی قرار می گرفت مصداقی از سلم خواهد بود که همه آن را مورد تأیید قرار خواهند داد.

حتی اگر به دلیل غلبه وقوع خارجی که معمولاً سلم را در خرید و فروش محصولات کشاورزی و مانند آن مورد استفاده قرار می دهند، کسانی قائل باشند که بیع سلم منحصر در آن موارد است باز هم به درستی و مشروعیت بیع استصناع خدشه ای وارد نمی شود؛ زیرا همان گونه که سابقاً ذکر شد حکم شارع بر حلیت و جواز بیع، دایر مدار مصادیق بیع از نظر عرف است و موضوع آن تحدید شرعی ندارد و بی گمان عرف حاضر استصناع را بیع می داند و حکم صحت آن را صادر می کند.

امروزه در تجارت داخلی و بین المللی راههای گوناگونی برای پرداخت بهای کالای سفارش شده بر اساس توافق طرفین وجود دارد. گاهی تمام بهای کالا از ابتدا به فروشنده تحویل می شود، گاهی قسمتی از بها در ابتدای قرارداد و بقیه هنگام تحویل کالا پرداخت می شود و گاهی به موازات پیشرفت کار خریدار پول در اختیار سازنده قرار می دهد. به هر حال این روشهای پرداخت تا آنجا که متعارف و عقلایی باشد از نظر اسلام، که عرفهای عقلایی را مورد تأیید و امضا قرار می دهد، صحیح و مشروع است.

## یادداشتها

(۱) «حَلَالٌ مُّحَمَّدٍ (ص) حَلَالٌ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَ حَرَامُهُ حَرَامٌ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ.»

(۲) برای اطلاع بیشتر رجوع کنید به:

• علیرضا فیض، «پویایی فقه و اجتهاد در پرتو عرف»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۶ و ۱۵۷.

(۳) بقره (۲): ۲۷۵؛ «أَحَلَّ اللَّهُ النَّبِيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبْوَا.»

(۴) برای آگاهی از جزئیات و چگونگی انواع بیع جاهلی رجوع کنید به:

• جواد علی، المقصّل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، جلد ۵، ص ۳۸۷.

(۵) موسوعة جمال عبدالناصر، جلد ۷، ص ۹۰.

(۶) با توجه به:

• ماده ۸۶۴ ق. م هراق: «المقاوله عقد به يتمهد احد الطرفين ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء اجر يتمهد به

الطرف الآخر.»

• ماده ۸۶۵ ق. م هراق: «۱- يجوز ان يقتصر المقاول على التمهيد بتقديم على ان يقدم رب العمل المادة التي

يستخدمها المقاول او يستعين بها في القيام بعمله، ويكون المقاول اجيراً مشتركاً. ۲- كما يجوز ان يتمهد المقاول

بتقديم العمل و المادة معاً، و يكون العقد استصناعاً.»

- (٧) الشرح الصغير؛ جلد ٢، ص ٩٢.
- (٨) كشاف القناع، جلد ٣، ص ١٦٢. به نقل از موسوعة جمال عبدالناصر، جلد ٧، ص ٩١.
- (٩) الفقه الاسلامي و ادلته، جلد ٤، ص ٦٣٢.
- (١٠) بدائع الصنائع؛ جلد ٥، ص ٣.
- (١١) البحر الرائق، جلد ٦، ص ١٨٥.
- (١٢) موسوعة جمال عبدالناصر، جلد ٧، ص ٩١.
- (١٣) بدائع الصنائع؛ جلد ٥، ص ٢.
- (١٤) البسوط، جلد ١٢، ص ١٣٩؛ فتح القدير، جلد ٥، ص ٣٥٦.
- (١٥) بدائع الصنائع، جلد ٥، ص ٤.
- (١٦) كتاب الخلاف، جلد ٣، ص ٢١٥؛ كتاب السلم، مسألة ٣٣: «استصناع الخفاف و النقال و الاوانى من الخشب و الصفر و الرصاص و الحديد لايجوز و به قال الشافعي، و قال ابوحنيفه يجوز لان الناس قد اتفقوا على ذلك. دليلنا على بطلانه انا اجمعنا على انه لايجب تسليمها و انه بالخيار بين التسليم و ردالتمن و المشتري لايلزمه قبضه فلو كان العقد صحيحاً لما جاز ذلك و لان ذلك مجهول غير معلوم بالمعاينة و لا موصوف بالصفة في الذمه فيجب المنع منه»
- (١٧) موسوعة جمال عبدالناصر، جلد ٧، ص ٩٥.
- (١٨) مانده (٥): ١: «يا ايها الذين امنوا اؤفوا بالعمود.»
- (١٩) شيخ حر عاملي، وسائل الشيعة، جلد ١٢، كتاب التجارة، باب ٦ از ابواب خيار، حديث ١ و ٢ و ٥.
- (٢٠) شيخ حر عاملي، همان، جلد ١٣، كتاب التجارة، باب ٨ از ابواب السلف، حديث ١، ص ٦٤.
- «عن اسماعيل بن عمر انه كان على رجل دراهم فعرض عليه الرجل ان يبيعه بها طعاماً الى اجل، فأمر اسماعيل بسأله، فقال: لا بأس بذلك. فعاد اليه اسماعيل فسأله عن ذلك و قال: اني كنت امرت فلاتاً فسألك عنها فقلت: لا بأس؛ فقال: ما يقول فيها من عنديكم؟ قلت: يقولون: فاسد. فقال: لاتفعله فاني اوهمت.»
- (٢١) شيخ حر عاملي، همان، باب ٧ از ابواب السلف، حديث ٢، ص ٦٤: «عن ابي عبدالله<sup>(ع)</sup> قال: قال رسول الله<sup>(ص)</sup>: لا يباع الدين بالدين.»
- (٢٢) شيخ حر عاملي، همان، حديث ٣، ص ٦٤: «على بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر<sup>(ع)</sup> قال: سألته عن السلم في الدين. قال: اذا قال: اشتريت منك كذا و كذا بكذا و كذا فلا بأس.»
- (٢٣) سلسلة التبايع الفقهي، جلد ٣٥، الدروس الشرعية، كتاب السلف و السلم، شرط الغامس، ص ٤٣٥: «و لو شرط كون الثمن مؤجلاً بطل لانه من بيع الكالئ بالكالئ و ان قبض في المجلس لغصرا الاجل، و لو شرط كونه من دين نه عليه فالوجه الفساد... و ظاهر ابن الجنيدي جواز تأخير قبض الثمن الى ثلاثة ايام، و هو متروك.»
- (٢٤) شرائع الاسلام، جلد ٢، ص ٦٣؛ سلسلة التبايع الفقهي، جلد ١٤، ص ٤٤٣؛ المختصر النافع، جلد ١، ص ١٣٤؛ سلسلة التبايع الفقهي، جلد ١٤، ص ٤٦٣.



پرويشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رتال جامع علوم انسانی