



## استصناع(قرارداد سفارش ساخت)

پدیدآورنده (ها) : مؤمن قمی، محمد

فقه و اصول :: نشریه فقه اهل بیت :: پاییز و زمستان ۱۳۷۶ - شماره ۱۱ و ۱۲ (ISC)

صفحات : از ۲۰۱ تا ۲۳۹

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/299366>

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 برگرفته 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

- استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع
- استصناع (سفارش ساخت کالا)
- استصناع در توجیهی جدید
- بررسی فقهی ماهیت قرارداد استصناع
- مطالعه تطبیقی قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق
- ماهیت و اعتبار قرارداد سفارش ساخت
- بیع استصناع
- عقد استصناع و استفاده از آن در نظام بانکی کشور
- مقایسه مزايا و معایب قرارداد استصناع و قرارداد BOT در اجرای پروژه های دولتی
- استصناع در فقه و حقوق ایران
- بررسی ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران
- بررسی فقهی سفارش ساخت کالا

## عناوین مشابه

- جایگاه بیع استصناع - قرارداد سفارش ساخت - در فقه شیعه و سنی
- مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در قرارداد سفارش ساخت (استصناع)
- اوراق بهادر استصناع (سفارش ساخت) ابزاری برای سیاست پولی
- بررسی مدیریت ریسک اوراق سفارش ساخت (صکوک استصناع)
- گواهی استصناع (سفارش ساخت)
- مطالعه تطبیقی قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق
- استصناع (سفارش ساخت کالا)
- ماهیت و اعتبار قرارداد سفارش ساخت
- بررسی تطبیقی قراردادهای طرح و ساخت و BOT با عقد استصناع در فقه
- بررسی خیارهای جاری در قرارداد استصناع

# استصنایع

(قرارداد سفارش ساخت)

محمد مؤمن قمی

مراد از عقد استصنایع یا «قرارداد سفارش ساخت» این است که کسی به نزد صنعتگر بیاید و از او بخواهد که تعدادی از کالاهایی را که می‌سازد، به ملکیت او درآورد. در این حال، قراردادی میان این دو به امضای رسد، که صاحب صنعت، تعداد مورد توافق را برای وی بسازد و قیمت آن را دریافت کند.

این قرارداد می‌تواند چند صورت داشته باشد: گاهی قرارداد، امری شخصی است و گاهی امری کلی.

همچنین گاهی این قرارداد قطعی است و گاهی قطعی نیست؛ بلکه صرفاً یک طرف، تعهد می‌کند که [فلان کالا را] بسازد و عرضه کند و طرف دیگر، متعهد می‌شود که آن را بخرد.

پیش از آغاز اصل بحث، چند نظرگاه را بررسی می‌کنیم:

شیخ طوسی در کتاب: «خلاف»، مسأله ۳۳ می‌گوید:

## نقد اهل بیت / ۱۲ - ۱۱

«سفارش ساخت چکمه، کفش و ظرف هایی که از چوب، برنج، سرب و آهن ساخته می شود روانیست. شافعی نیز همین نظرگاه را برگزینده است. ابوحنیفه می گوید: این قرارداد سفارشی، جائز است، زیرا مردم این گونه قراردادها را می بندند. دلیل ما بر باطل بودن این قرارداد، این است: اولاً: ما اجماع داریم که تحويل دادن این کالاها [بر صاحب صنعت] واجب نیست و او مختار است که کالای مورد قرارداد را تحويل دهد و یا قیمت را [به خریدار] بازگرداند و خریدار هم ملزم نیست که آن را تحويل بگیرد، و اگر قرارداد درست می بود بر هم زدن آن جائز نبود. ثانیاً: کالای مورد قرارداد [در این فرض] مجہول است؛

یعنی: نه با دیدن مشخص شده و نه از طریق بیان و یزگیها و صفات.

بنابراین، قرارداد مذبور نباید جائز باشد.<sup>۱</sup>

نیز شیخ در «مبسوط»، «کتاب السلم»، می گوید:

«سفارش ساخت چکمه، کفش، و ظرف هایی که از چوب، یا برنج، یا آهن و یا مس ساخته می شود، روانیست؛ و اگر کسی چنین سفارشی بدهد، قراردادش صحیح نخواهد بود و صاحب صنعت، اختیار دارد که آن کالا را تحويل دهد و یا ندهد؛ و اگر آن را تحويل داد، سفارش دهنده، مختار است که آن را برگرداند و یا پنداشد.<sup>۲</sup>

شافعی در کتاب: «الأُم» خود بیانی دارد که از آن بر می آید که وی به درستی قرارداد سفارش ساخت قابل است . او در کتاب «البيوع» چنین می گوید:

اگر [سفارش دهنده] شرط کنند که [صنعتگر] برایش طشتی از مس و آهن و یا مس و سرب بسازد، روانیست؛ زیرا این دو خالص نیستند، تا مقدار هر یک از آن دو شناخته شود. این شرط،

۱. الخلاف، کتاب السلم، ج ۳، ص ۲۱۵.

۲. المبسوط، فصل امتناع ذی الحق من اخذة، ج ۲، ص ۱۹۴.

## ««««««««« استصناع یا قرار دادن سفارش ساخت

همانند شرط رنگ در لباس نیست؛ زیرا رنگ در لباس، زیوری است که موجب دگرگونی ویژگی لباس نمی‌شود، اما این [ساختن کالا از دو عنصر] نوعی افزایش در خود کالای ساخته شده است. شافعی می‌افزاید: چنین است هر چیزی که سفارش ساخت آن داده می‌شود.<sup>۱</sup>

دلیل شافعی بر عدم جواز [شرط مذکور] این است که مقدار هر کدام از دو جزء کالای ساخته شده مشخص نیست و به همین سبب، کالای فروخته شده، شناخته نیست. لازمه این سخن آن است که هرگاه مقدار هر کدام از این دو مشخص باشد، سفارش ساختن طشت روا خواهد بود. در این صورت، به گفته شافعی: «هر سفارش ساخت چنین است».

سرخسی در «المبسوط» خود می‌گوید: محمد بن حسن شیعیانی، صاحب «المختصر» گفته است: «هرگاه شخصی به شخص دیگر سفارش دهد که چکمه، یا کلاه، یا طشت، یا کوزه و یا ظرفی از مس برایش بسازد، قیاس چنین حکم می‌کند که این قرارداد سفارشی جایز نباشد.

زیرا کالای مورد سفارش که فروخته شده، معدهم است، و فروشن معدوم روانیست؛ زیرا پیامبر ﷺ از فروش چیزی که در تزد انسان موجود نیست، نهی کرده است.

وانگهی این قرارداد سفارش ساخت، در حکم فروش عین کالاست و اگر این عین موجود باشد و فرد قرارداد کننده مالک آن نباشد، فروش آن روانیست؛ و همچنین است اگر معدهم باشد؛ بلکه در این صورت، روانبودن فروش آن، سزاوارتر خواهد بود.

لکن در این باره می‌گوییم:

ما قیاس را رها می‌کنیم، زیرا مردم با این قرارداد معامله می‌کنند و از زمان پیامبر ﷺ تا

۱. الْأُمُّ، باب السلف فِي الشَّيْءِ الْمُصْلَحِ لِغَيْرِهِ، ج ۳، ص ۱۳۱.

## فقه اهل بیت / ۱۲ - ۱۱

امروز، با آن داد و ستد کرده‌اند و هیچ کس منکر آن نبوده است، و داد و ستد مردم، بدون آن که کسی منکرش باشد، یکی از اصول است؛ چراکه پیامبر ﷺ فرمود: «هر آنچه را مسلمانان نیکو بدانند، در نزد خدا [نیز] نیکوست.» و نیز فرمود: «ت من بر گمراهم گرد هم نمی‌آیند.».

قرارداد سفارش ساخت، همانند داخل شدن به گرمابه با [پرداخت] اجرت است و این کار جایز است؛ زیرا مردم این معامله را انجام می‌دهند، هر چند مقدار ماندن در گرمابه و مقدار آبی که ریخته می‌شود نا معلوم است. همچنین است نوشیدن آب از [دست آب فروش با] [پرداخت] قیمت ... در حدیث است که پیامبر ﷺ ساختن انگشت و ساختن منبر را سفارش داد.

بنابراین، وقتی که این حدیث ثابت شود، باید در برابر آن هر قیاسی را رها کرد.

همچنین، سرخسی در «المبسوط» گفته است:

«هرگاه سازنده به سفارش عمل کند و پیش از آنکه سفارش دهنده، کالای ساخته شده را بینند، آن را بفروشد، فروشن آن به دیگری جایز است. زیرا قرارداد هنوز مشخص نشده است. لکن هرگاه سازنده، آن کالا را آماده کند و به رویت سفارش دهنده برساند، وی مختار است [که آن را پذیرد و یا رد کند]، زیرا او چیزی را خریداری کرده که آن را ندیده است. پیامبر ﷺ فرمود: «هر کس چیزی را بخرد که آن را ندیده است، زمانی که آن را می‌بیند، [در پذیرش و یا رد آن] مختار خواهد بود.

ابویوسف می‌گوید: هرگاه صاحب صنعت، کالای سفارش شده [مثالاً: کفش] را با همان ویژگی که پیشتر توصیف کرده است بیاورد، سفارش دهنده، خیار نخواهد داشت؛ زیرا خیار، موجب زیان سازنده می‌شود و چرم و ابزارش از بین می‌رود و چه بساکسی دیگر این کالا را با آن ویژگی خریداری نکند.»

نیز سرخسی می‌گوید:

«اگر برای این سفارش ساخت، مدتی را تعیین کنند و آن صنعت هم شناخته شده باشد،»

## ««««««««« استصناعه يا قراردادن سفارش ساخت

اين قرارداد، بر طبق نظریه ابوحنیفه، از نوع معامله سلم (پیش فروش و پیش خرید کردن) خواهد بود که باید شرایط سلم را داشته باشد؛ از قبیل: قبض سرمایه [= قیمت] در مجلس، در این نوع خرید و فروش، هرگاه فروشنده، کالای مورد معامله را حاضر کند، خیار ساقط می شود.

اين صورت، از نظرگاه ابو یوسف و محمد، همان قرارداد سفارش ساخت است؛ زیرا اين قرارداد، بدون تعیین مدت، نوعی قرارداد جایز است و با تعیین مدت به يك قرارداد لازم، نظير قرارداد شراکت و مضاربه، تبدیل نمی شود؛ چراکه تعیین مدت در اين قرارداد، نشان دهنده آسان گرفتن و به تا خير انداختن مطالبه است و قرارداد را از يك نوع به نوعی ديگر تبدیل نمی کند.

اگر سفارش ساخت با ذکر مدت به «سلم» تبدیل شود، باید سلم هم با حذف مدت، به سفارش ساخت مبدل گردد و اگر چنین شود، اين معامله سلم، باطل خواهد بود؛ زيرا در اين قرارداد، شرط شده که [کالای مورد نظر] عيناً ساخت فلان سازنده باشد و اين، موجب بطلان معامله سلم می شود.

ابوحنیفه می گويد: اين قرارداد، فروش کالايی است که حاضر نیست و اين، جز معامله سلم چيز دیگری نخواهد بود؛ و مانند آن است که واژه «سلم» در قرارداد ذکر شود.<sup>۱</sup>

نیز سرخسی در کتاب «الاجارات»، «باب كل الرجل يستصنع الشيء» (هر کس که سفارش ساخت چیزی را بدده) می گويد:

«شیبانی گفته است: «فروش بر چهار نوع است: فروش عین در برابر قیمت؛ فروش چیزی که در آن و ذمه است، در برابر قیمت که این نوع، همان معامله سلم است؛ فروش کار و به تبع آن فروش عین، و اين، همان اجیر گرفتن برای رنگ کاري و امثال آن است؛ و فروش عین به شرط کار و ساخت آن و اين، همان سفارش ساخت است و بنابر اين، کالای مورد سفارش عبارت از: فروش عین موجود.» و به همین دليل، خيار رؤيت در آن ثابت است و کار نیز در آن شرط می باشد؛ زيرا اين

۱. سرخسی، العبسوط، كتاب البيوع، ج ۱۲، ص ۱۳۹.

## فقه اهل بیت / ۱۲ - ۱۱

نوع کار، نام ویژه‌ای دارد و این نام باید معنای ویژه‌ای داشته باشد که مطابق همان نام باشد.

استصناع از باب استفعال و از صنع گرفته شده است و دانستیم که کار در آن شرط شده است.<sup>۱</sup>

در بیان نظر گاههای علمای همین مقدار بسنده می‌کنیم؛ زیرا از دیدگاه ما . مهم امری است که دلیل معتبر بر آن وجود داشته باشد و در این جهت ، ما و آنها یکسان هستیم ، هر چند آنان اساتید ما بوده و پیشتر از ما این مباحث را طرح کردند و از این لحاظ بر ما فضیلت دارند .

بحث در چند جهت صورت می‌گیرد :

جهت اول: سفارش ساخت در سابق به سفارش ساختن چکمه ، کوزه و کلاه منحصر بوده است؛ زیرا در آن زمان ، صنعت توسعه نیافته بود ، اما در زمان ما دامنه آن توسعه یافته و به سفارش ساخت هزاران و حتی میلیونها نوع کالا؛ از قبیل : ظرف‌های گوناگون ، فرشها ، قالیها و امثال آن ، گسترش پیدا کرده است؛ کالاهایی که بازارگانان بزرگ و شرکتها و کارخانه‌های توسعه یافته آنها را می‌سازند و بنای تجارت‌ها و واردات ، در کشورهای جهان ، بر همین قرارداد سفارش ساخت استوار است .

همان گونه که سفارش ساخت می‌تواند ضمن مصادیق بسیار تحقیق پیدا کند ، می‌تواند در قالب سفارش ساختن یک کالای بزرگ ، مانند یک کشتی بزرگ جنگی نیز تحقیق می‌یابد . اینک مورد سفارش یک کشتی است ، چنان که در آن زمان یک کلاه بود . گاهی سفارش ساخت این چنین است و گاهی همچون زمان‌های گذشته با سفارش ساختن یک چکمه و یک کفش ، دست ساز تحقیق می‌یابد .

۱ . همان مأخذ ، ج ۱۵ ، ص ۸۴ و ۸۵ .

## ««««««««« استصناع یا قرار دادن سفارش ساخت

جهت دوم: آیا سفارش ساخت ، یک نوع قرارداد و معامله‌ای مستقل است ، چنان که بیع (خرید و فروش) معامله است در مقابل اجاره ، و این دو ، معامله‌اند در برابر مزارعه و مضاربیه ، و همه آنها معامله‌ها و قراردادهای ویژه‌ای هستند در برابر هبه و نکاح و هر کدام عنوان خاص خود را دارد ، بدین ترتیب آیا قرارداد سفارش ساخت ، یک نوع قرارداد و معامله است در برابر هر کدام از این قراردادها و معامله‌ها؟

ظاهر سخنان برخی از فاضلان معاصر نشان می‌دهد که سفارش ساخت ، نوعی قرارداد است؛ همان‌گونه که لازمه سخن ابوحنیفه: «سفارش ساخت ، سَلَمَ» است . ، آن است که این قرارداد از اقسام بیع به شمار رود . بیان شییانی در کتاب «الاجارات» آشکارا بر همین نظرگاه دلالت دارد؛ زیرا وی آن را از اقسام بیع شمرده و نیز آن را چنین دانسته: «بیع عینی که کار در آن شرط است» و این معنا از اینکه وی بحث سفارش ساخت را در کتاب البيوع آورده است نیز بر می‌آید .

حقیقت آن است که سفارش ساخت ، تنها بیانگر خصوصیت این قسم از داد و ستد در نزد عقلاً است ، اما این را که تمامی موارد آن ، بیع (خرید و فروش) محسوب می‌شود یا نمی‌شود ، بیان نمی‌کند؛ بلکه برخی از انواع آن بیع است ، برخی از انواعش قرارداد عقلایی ، و برخی از مواردش وعده بیع به یکدیگر دادن است .

توضیح: سفارش ساخت ، بنابر آنچه در میان مردم معمول است ، در یکی از سه صورت زیر تحقق پیدا می‌کند:

الف) پس از گفتگوهای لازم میان طرفین ، از سوی آنها قرارداد و تملیک امضا می‌شود که بر طبق این قرارداد ، سازنده مقداری از مصنوعات خود را در برابر قیمت آنها به ملکیت سفارش دهنده در می‌آورد و سفارش دهنده هم این ملکیت را

## نفع اهل بیت / ۱۲ - ۱۱

می‌پذیرد ، به گونه‌ای که در انشای این ملکیت هیچ گونه حالت انتظار آینده برای آنها باقی نمی‌ماند و تنها چیزی که برای طرفین باقی می‌ماند آن است که هر دو باید به این قرارداد و فادر باشند [و بدان عمل کنند] .

این نوع قرارداد سفارش ساخت - که در میان مردم بسیار رایج است - بیع محسوب می‌شود و تردیدی در آن وجود ندارد؛ زیرا از دیدگاه مردمی که مخاطب احکام شرعی هستند که واژه بیع را در بردارند ، حقیقت بیع ، تنها بدین معناست که یک طرف ، کالایی را در برابر قیمت آن به ملکیت طرف دیگر در آورد و او هم این ملکیت را بپذیرد و همین معنا در این نوع از قرارداد سفارش ساخت وجود دارد .

هیچ تفاوتی میان بیعی که ما از آن بر «سفارش ساخت» تعبیر کرده‌ایم و سایر اقسام بیع وجود ندارد ، جز اینکه [در اینجا] هنوز آن کالای مورد معامله ساخته نشده و خریدار شرط کرده است که فروشنده آن را بسازد و تحويل دهد و انضمام این شرط ، باعث خارج شدن قرارداد از حقیقت آن یعنی بیع نمی‌شود؛ زیرا حقیقت بیع گسترده است و نمی‌توان خالی بودن از این شرط را در آن ، شرط دانست .

بنابر این ، پس از وقوع قرارداد میان سفارش دهنده و سازنده ، کار این قرارداد در دست مانیست ، تا آن را جزء هر نوع داد و ستدی ، که می‌خواهیم قرار دهیم؛ بلکه این حقیقت را ، که از آن به مبادله عین در برابر قیمت تعبیر می‌شود ، جزء بیع چیز دیگری نمی‌توان دانست . بر این اساس ، قرارداد سفارش ساخت ، همان احکام بیع را دارد و نیز باید همان شرایط بیع در آن وجود داشته باشد . بحث افزون‌تر در این باره را پس از این خواهیم آورد .

ب - پس از گفتگوها ، میان طرفین ، یک قرارداد قطعی منعقد می‌شود . بر اساس این قرارداد ، صاحب صنعت متعهد می‌شود که تعداد کالای مورد توافق را

## ««««««««« استصناع یا قرار دادن سفارش ساخت

بسازد و برای فروش عرضه کند و خریدار هم پس از عرضه فروشنده ، آن را بخرد . بنابراین ، هر چند میان آنها در عمل ، تملیک و تملک صورت نمی‌گیرد ، لکن هر دو این تصمیم قطعی را می‌گیرند که هر کدام در قبال دیگری ، کاری انجام دهد . کار سازنده آن است که تعداد مورد توافق را بسازد و آن را برای فروش عرضه کند ، و کار سفارش کننده آن است که همان تعداد را در برابر قیمت خریداری کند . از این رو هر کدام از طرفین ، قرار خود را به دیگری مرتبط می‌سازد ، با این تفاوت که قرارداد آنها هنوز مبادله دو مال و تملیک و تملک نیست . معنای بیع ، بر این قسم از سفارش ساخت صدق نمی‌کند و با مفهوم آن همخوانی ندارد و به همین دلیل ، ادله احکام بیع آن را در برنامه‌گیرد تا احکام و شرایط بیع را داشته باشد . البته ، تردیدی نیست که قرارداد ، جز این نیست که دو قرار با یکدیگر مرتبط باشند و طرفین بدان متعهد گردند و هر کدام عهده‌دار پیمانی شود که مربوط باشد به عهده‌دار شدن دیگری به پیمان دیگر .

تفاوت میان عقد (قرارداد) و ایقاع آن است که در ایقاع ، انشا از یک طرف است و به انشای طرف دیگر ربطی ندارد؛ بلکه شخص قرار خودش را انسامی کند ، بدون اینکه انشای قرار او به قراری دیگر ارتباط داشته باشد . و این ، خلاف عقد است ، عقد بر پایه ارتباط دو قرار و داد و ستد میان طرفین قرارداد استوار است .

نتیجه: این قسم از سفارش ساخت ، مصدق عقد است و ادله احکام عقود آن را در برنامه‌گیرد .

معنایی که ما برای «عقد» آورده‌یم ، همان است که سخنان علمای لغت و استادان فنّ نیز بر آن دلالت دارد .

## فقه اهل بیت / ۱۲ - ۱۱

به عنوان مثال ، در «المصباح المنير» آمده است:

«عقدت الحبل عقداً - من باب ضرب - فانعقد . والعقدة ما يمسكه ويحبسه ويوثقه ومنه قيل: عقدت البيع ونحوه؛ رسمان رامحکم بستم - از باب ضرب - پس آن بسته شد. عقدة عبارت است از چیزی که آن را نگه دارد و محکم کند و از این قبیل است که گفته‌اند: عقدت البيع و امثال آن».

در «اقرب الموارد» آمده است:

«عقد الحبل وعقد البيع والعهد واليمين ونحوها عقداً...؛ «او رسمان، بيع، پیمان، سوگند و رامحکم بست عقدة يعني محکم کرد و بست آن را، عقد (بست) متضاد حَلَّ (بازکرد). عقد الخیط ونحوه: آن را گره زد و اطرافش را جمع کرد.»

در «فروق اللئات» نگاشته جزائری ، آمده است:

«عقد و عهد. برخی گفته‌اند: فرق میان این دو آن است که عقد به معنای محکم کردن و بستن است و تنها میان دو شخص صورت می‌گیرد. در حالی که عهد گاهی به وسیله یک شخص هم انجام می‌شود. بنابراین، میان عقد و عهد، عموم و خصوص [مطلق] است.»

در «مفردات» راغب می‌خوانیم:

«عقد عبارت است از به هم آوردن اطراف شیء این واژه، در اجسام سخت به کار می‌رود؛ نظیر به هم آوردن رسمان و ساختمان. آن گاه به طور مجاز در معانی به کاری می‌رود، همانند عقد بیع، عهد و دیگر معانی.»

در «منتخب اللئات» چنین می‌گوید:

«عقد به فتح: بستن و گره دادن ... «عقد» به فتح عین و قاف: گره گرفتن رسمان و زبان.»

در «تبیان» نگاشته شیخ طوسی شیخ آمده است:

«عقود، جمع عقد است به معنای معقود (بسته شده)، و آن جدی ترین پیمان است. تفاوت میان

## ««««««««« استصناع با قرار دادن سفارش ساخت

عقد و عهد آن است که عقد به معنای محکم کردن و بستن است و تنها میان دونفر انجام می‌شود [نه کمتر]، اما عهدگاهی به وسیله یک نفر صورت می‌گیرد. بر این اساس، هر عقدی عهد است و هر عهدی عقد نیست. اصل عقد به معنای بستن چیزی به دیگری است؛ یعنی: پیوند آن به دیگری، چنان که رسман را می‌بندند.»

در تفسیر «کشاف»، چنین آمده است:

«عقد؛ یعنی: پیمان محکم، نظری محکم بستن رسман و امثال آن.»

بنابر آنچه گذشت، برای کسی که در سخنان این دانشمندان لغت، غور کند، تردیدی باقی نمی‌ماند که حقیقت عقد، ایجاد همان گرهی است که در طناب و امثال آن وجود دارد و ما در فارسی از آن به «گره زدن و گره بستن» تعبیر می‌کنیم. به کار بردن این واژه در قرارداد داد و ستد های اعتباری، به سبب به وجود آمدن رابطه میان دو قرار و دو پیمان و دو سوگند است. بنابر این، هر امری که در آن، رابطه یک قرار با قراری دیگر و یک پیمان با پیمانی دیگر وجود داشته باشد، مصدقاق عقد خواهد بود و ادله عقود آن امر را در برابر می‌گیرد.

خلاصه: بی تردید، این قرارداد قطعی که میان طرفین بسته شده است و بر طبق آن، سازنده باید کالای درخواستی سفارش دهنده را بسازد و آن را برای فروش عرضه کند و سفارش دهنده نیز، پس از عرضه، آن را خریداری نماید، از مصاديق عقد است. اما با این همه، چنان که پیشتر از این دانستید، قرارداد مذبور نه بیع است و نه عقد دیگری دارای عنوانی خاص؛ همچون: اجاره و مضاربه و امثال آنها.

هیچ کس نمی‌تواند بگوید: این قرارداد، عنوانی خاص دارد که عبارت است از «استصناع» (سفارش ساخت). زیرا استصناع، هم این قرارداد را در برابر می‌گیرد و هم قرارداد قسم اول را؛ در حالی که پیش از این گفتیم: قرارداد قسم اول، بدون تردید

## فقه اهلیت ۱۲ / ۱۱

از مصاديق بيع است . از اين رو ، باید گفت : سفارش ساخت (استصناع) يك عنوان کلی است که از چند نوع قرارداد انتزاع می شود و نه از يك نوع ، همانند عنوانهای عقد و عهد و مبادله که هر كدام چندین نوع را در برابر می گيرد .

ج-پس از همه آن گفتگوها ، صرفاً يك وعده غير قطعی ، میان طرفین صورت می گيرد ، بدین ترتیب که سفارش دهنده می گوید : «اين تعداد از فلان کالا را بساز ، شاید من آن را از تو بخرم» ، و سازنده (صاحب صنعت) هم آن را می پذیرد و يا اينکه سازنده می گويد : «پس از يك ماه به من مراجعه کن ، شاید من اين تعداد کالا را برایت بسازم و آن را در اختیارت قرار دهم تا از من بخری» ، و ...

روشن است که هرگاه قراری با قراری مرتبط نشود و قرار محکمی نباشد و پیمانی با پیمانی دیگر ، استوار بسته نشود ، صرف وعده ، نه بيع است و نه عقد . با اين همه ، اين وعده يك نوع دیگر از قرارداد سفارش ساخت محسوب می شود .

نتیجه : سفارش ساخت را مستقیماً نمی توان عقد بر شمرد ، چنان که بر شمردن آن از مصاديق بيع به طور مطلق نيز چندان نظرگاه درستی نیست؛ بلکه اين سفارش ، عنوانی انتزاعی است که گاهی از برخی اقسام بيع انتزاع می شود ، گاهی از يك قسم خاص از عقود و گاهی صرفاً از وعده طرفین به يكديگر ، با همان تفصيلي که پيش از اين دانستيد .

**جهت سوم : حکم سفارش ساخت از دیدگاه شریعت :**

از آن جا که «سفارش ساخت» در تمامی مواردش يك حقیقت نیست ، بلکه سه صورت دارد و حقیقت آن در هر كدام از اين صورتها با حقیقت آن در صورتى دیگر متفاوت است ، باید حکم آن را در هر يك از اين صورتها به طور مستقل بررسی و تحقیق کرد :

## ««««««««« استصناع با قرار دادن سفارش ساخت

صورت اول: میان طرفین (سفارش دهنده و سازنده) قرارداد تملیک قطعی در مقابل قیمت بسته می‌شود، این صورت به دلیل اینکه از مصاديق بيع است، باید تمام شرایطی را که شارع در بيع به عنوان بيع قرارداده، دارا باشد؛ خواه این شرایط در عوضی منظور شده باشد و خواه در متعاقدين (قرارداد کنندگان) و همچنین تمام احکام بيع؛ از قبیل: اقسام خیار و دیگر احکام آن، بر این قسم مترتب است.

بنابراین، صحّت قسم نخست [از سه قسم سفارش ساخت] مشروط بر این است که قیمت داد و ستد، زمان تحویل کالا، مقدار کالا و ویژگیهای آن مشخص باشد؛ زیرا نامشخص بودن هر کدام از این موارد، موجب باطل شدن بيع و عدم ترتب آثاری می‌شود که از آن مدد نظر بوده است.

چنان که پیش تر گفته شد، سفارش ساخت، گاهی درباره یک شیء معین شخصی است و گاهی درباره یک امر کلی.

در این صورت، اگر مورد سفارش، یک امر شخصی باشد. نظیر اینکه شخص، ساختن یک کشتی بزرگ را سفارش دهد که سازنده بخشی از آن را ساخته است - از آن جا که هنوز کار ساخت این کشتی به اتمام نرسیده، سازنده آن را بدین شرط در مقابل قیمت به سفارش دهنده تملیک می‌کند که ساخت آن را تکمیل نماید. بنابر این، مفهوم حقیقی سفارش ساخت کشتی آن است که سفارش دهنده، همین کشتی نیم ساخته موجود را می‌خرد و شرط می‌کند که سازنده کار ساخت باقیمانده را هم تکمیل کند. بر این اساس، کالای فروشی عبارت است از همین کالای موجود، مشروط بر اینکه سازنده آن را تکمیل کند.

نمونه‌ای دیگر: هرگاه خریدار، قالی ای را بخرد که با دست بافته می‌شود و هنوز بافت آن تمام نشده است و بر بافنده آن شرط کند که بافت این قالی را به پایان

## فقه اهلیت ۱۲ / ۱۱

برسانند . از این رو ، کالای فروشی همین مقدار بافته شده است ، لکن مشروط بر اینکه بافته ، کار بافتن را به پایان برساند .

بر این اساس ، شرط کردن تکمیل ساخت و بافت با یک ماده شخصی معین امکان پذیر است ، چنان که شرط کردن تکمیل این دو یا هر چیزی که سازنده و یا بافته آن را صلاح می داند نیز امکان پذیر خواهد بود . البته پس از آن که خصوصیات [کالای سفارشی] چنان معلوم باشد که خریدار را از حالت ناگاهی ، که باعث بطلان بیع می شود ، بیرون آورد؛ چراکه در صورت نبودن حالت ناگاهی ، بیع صحیح است .

هرگاه مورد سفارش ، امری کلی باشد ، از آن جاکه فرض بر این است که این قرارداد مشروط به ساختن کالاست و ساختن هم نیاز به گذشت مدت دارد ، به ناچار تحويل کالا در زمان آینده خواهد بود . [از سوی دیگر] بیعی که کالای فروشی در آن کلی است و تحويل این کالا در زمان آینده انجام می شود ، تنها همان بیع سلف و سلم است ، نه بیع دیگر . بر این اساس ، صحبت این صورت از سفارش ساخت ، مشروط است به جمیع شرایط بیع سلم؛ از قبیل : تحويل دادن تمام و یا مقداری از قیمت در مجلس عقد و دیگر شرایطی که در صحبت بیع سلم شرط کرده ایم . تفصیل شرایط این بیع به مقاله‌ای دیگر و به جای خود واگذار می شود .

این نوع از قرارداد سفارش ساخت ، معمولاً بدین ترتیب است که سفارش دهنده باید ، پس از گذشت زمانی از وقوع این قرارداد ، تمام قیمت را بپردازد و یا مقداری از آن را نقداً بدهد (که در فارسی آن را بیعانه می نامند) و بیشترش را پس از گذشت زمان پرداخت کند و شاید پس از تحويل کالا .

از این رو ، بی مناسبت نیست که در این باره تحقیق شود که : آیا گرفتن قیمت به

## « استصناع با قرار دادن سفارش ساخت

طور نقدی [فى المجلس] در صحّت بيع سلم و سلف شرط است ، يا خير ؟

شيخ در « خلاف » ، مسأله ٦ می گوید :

« از شرایط صحّت سلم آن است که سرمایه پیش از جدا شدن [فروشنده و خریدار از یکدیگر] دریافت شود، ابوحنیفه و شافعی نیز همین نظرگاه را پذیرفته‌اند. مالک می گوید: اگر فروشنده و خریدار، پیش از دریافت [قیمت] از یکدیگر جدا شوند و به تأخیر انداختن دریافت را هم شرط نکرده باشند، این تأخیر روا خواهد بود، هر چند آن را هیچ وقت دریافت نکند. اما اگر آن دو، به تأخیر انداختن دریافت را شرط کرده باشند، اگر مقدار آن یک و یا دو روز باشد، رواست و اگر بیشتر باشد روانیست.

دلیل ما بر لزوم شرط مذکور این است : ما اجماع داریم براینکه هر زمان قیمت دریافت شود، قرارداد درست است و دلیلی بر درستی آن پیش از دریافت قیمت وجود ندارد. بنابر این، آنچه مانکفیم، معتبر است. <sup>۱</sup>

شيخ در «مبسوط» ، بيع سلم را تفسیر کرده و تحويل دادن قیمت را در معنای آن شرط دانسته و گفته است :

« سلم عبارت از این است که شخص، عوض حاضر و یا در حکم حاضر را در برابر یک عوض توصیفی در ذمّه و تا مدت معلوم، پیش پرداخت کند. <sup>۲</sup> »

با این همه ، وی در بیان شرایط بيع سلم گفته است : جملة شرایط سلم هشت شرط است ... تا اینکه می گوید: شرط هفتم ، دریافت سرمایه در مجلس است . <sup>۳</sup>

۱ . خلاف ، کتاب السلم ، ج ٣ ، ص ٢٠٠ .

۲ . مبسوط ، ج ٢ ، ص ١٦٩ .

۳ . همان مأخذ ، ج ٢ ، ص ١٧٣ .

## نحوه اهلیت / ۱۲ - ۱۱

ابوالمکارم ابن زهره در «غذیه»، در یکی از بخش‌های کتاب بیع می‌گوید:

«شرايطى که به تسلیم اختصاص دارد به حکم اجماع طایفه، چهارتاست: بیان مدت معین؛  
بیان محل تحويل؛ سرمایه حاضر باشد؛ و در مجلس عقد دریافت شود.<sup>۱</sup>

علامه در کتاب «مختلف» خود، در بخش نهم از کتاب تجارت در سلف،  
می‌گوید:

«مساله» مشهور برآندکه دریافت قیمت در مجلس، در بیع سلم شرط است. این نظرگاه را  
شیخ، ابن عقیل و دیگران انتخاب کرده‌اند. این جنید می‌گوید: من به تأخیر انداختن دریافت قیمت  
را، پیش از سه روز، در بیع سلم، نمی‌پنیرم. مفهوم این دیدگاه ابن جنید این است که تأخیر دریافت  
قیمت جائز است. دلیل ما [بر عدم جواز تأخیر قیمت]: اولاً: اصل، بقای مالکیت فروشنده است  
[در صورت تأخیر قیمت]. ثانیاً: اگر قیمت به تأخیر بیفتد، فروش کنن به کنن است و در سابق گفتیم  
که چنین فروشی باطل است.

در «مسالک» در هنگام شرح عبارت «شرائع» درباره تعداد شرایط سلم آمده  
است:

شرط سوم: دریافت سرمایه پیش از پراکنده شدن طرفین، در درستی عقد شرط است. صاحب  
مسالک می‌افزاید: این نظرگاه، مشهور و حتی اجتماعی است. ظاهر سخنان ابن جنید، روا بودن  
تأخیر دریافت به مدت سه روز است اما کسی به این نظریه عمل نکرده است.

علامه در «تذکرة» می‌گوید:

« جدا شدن [خریدار و فروشنده] از یکدیگر، پیش از دریافت قیمت، روانیست و اگر آن دو،  
پیش از دریافت از یکدیگر جدا شوند، از دیدگاه تماسی علمای ما، تسلیم باطل است.<sup>۲</sup>

۱ . ر . ک : الجوامع الفقهیه ، ص ۵۸۹ .

۲ . جواهر ، ج ۲۴ ، ص ۲۸۹ .

## ««««««««««« استصناع با قرار دادن سفارش ساخت

وی در «کشف الرموز» می‌گوید:

«شيخ در کتب فروع خود، دریافت سرمایه را پیش از جدا شدن متبایعین در بیع سلم شرط کرده است. پیروان او نیز بر همین نظریه‌اند و من مخالفی در این باره سراغ ندارم، مگر صاحب البشری که وی در این مسأله توقف کرده و دلیل اشتراط قبض را کافی ندانسته است.<sup>۱</sup>

ابن حمزه در «وسیله»، محقق در «شرایع» و «مختصر النافع»، ابن ادریس در «سرایر» علامه در «ارشاد» و دیگران فتوا داده‌اند که دریافت سرمایه پیش از به هم خوردن مجلس در صحبت سلم شرط است.

حتی صاحب «ریاض» گفته است:

«اصل در شرط بودن دریافت قیمت در درست بودن سلم، اجماع است که در ظاهر از «غنیه» نقل شده و در «تذکره»، آشکارا بیان شده است؛ خلاف اسکافی که تأخیر دریافت را تا سه روز روا دانسته است. در «مهذب»، «دروس» و «مسالک» آمده که این نظریه متروک است.

حتی صاحب جواهر، پس از نقل کردن اجماع از «غنیه» و «مسالک»، می‌گوید:

«اگر خریدار و فروشنده پیش از دریافت قیمت از یکدیگر جدا شوند، از دیدگاه تمامی علمای ما، این معامله باطل است. این اجماع دلیل بر این بطلان است زیرا پس از تتبع آراء فقهاء در این باره، روشن شد که فقط ابوعلی مخالف آن است و می‌گوید: «من تأخیر اندختن دریافت قیمت را پیش از سه روز نمی‌پذیرم.»، و به غیر ازا مخالفی در این مسأله وجود ندارد. البته، صاحب «بشری» همانند صاحب «حدائق» در این باره اظهار نظر نکرده و دلیل این توقف را هم عدم وجود نص دانسته است.<sup>۲</sup>

۱. کشف الرموز، ج ۱، ص ۵۲۴.

۲. جواهر، ج ۲۴، ص ۲۸۹.

## فقه اهلیت ۱۲ / ۱۱

در کتاب «الفقه علی المذاهب الاربیعه» عبارتی آمده که حاصل آن چنین است: از ابوحنیفه و احمد و شافعی نقل شده که دریافت قیمت ، پیش از پراکنده شدن از مجلس ، در درستی بيع سلم شرط است و لکن مالک قایل به تفصیل شده است ، چنان که پیش تر ما آن را از کتاب «خلاف» شیخ نقل کردیم .<sup>۱</sup>

خلاصه سخن: این مسأله که درستی سلم ، مشروط به دریافت قیمت در مجلس بيع است نزد امامیه مشهور است و حتی ادعای شده که آنان -بر این نظر- اجماع دارند و کسی با این دیدگاه مخالفت نکرده است ، جز ابن جنید که تأخیر دریافت تا سه روز را روا دانسته است . هر چند صاحب «بشری» و «صاحب حدائق» هم در این مسأله اظهار نظر نکرده اند . اما اهل سنت در این مسأله سه نظر دارند: برخی با امامیه موافقند . مالک قایل به تفصیل شده ، بدین ترتیب که اگر تأخیر قیمت در عقد شرط نشده باشد ، این تأخیر تامد نامعلومی جایز است و اگر در ضمن عقد شرط شده باشد ، تایک و یادور روز را خواهد بود .

بررسی دلایل این شرط (دریافت قیمت در مجلس): شیخ در «خلاف» و علامه در «مخالف» بر اثبات آن -به گونه ای که پیش تر دانستید- استدلال کرده اند و آن ، اینکه اصل؛ یعنی: استصحاب بقای ملک بر ملکیت مالک خود در صورت نبودن این شرط ، اقتضامی کند که شرط مزبور ، وجود داشته باشد .

این دلیل درست نیست؛ زیرا اطلاق: «أحل الله البيع» و عموم: «أوفوا بالعقود» ، بیعی را که در آن هم قیمت و هم مبیع هر دو نسیه است در بر می گیرد و با وجود دلیل اطلاق و عموم ، نوبت به جریان اصل نمی رسد . بنابر این ، استناد لزوم این شرط به اصل درست نخواهد بود .

۱. الفقه علی المذاهب الاربیعه ، ج ۲ ، ص ۳۰۵ .

## ««««««««« استصناع یا قرار دادن سفارش ساخت

به دلایل دیگری هم می توان استدلال کرد:

۱- از اخبار مستفیضه و معتبره بر می آید که اهل عرف نیز اهل شرع از عنوان بیع سلم و سلف چنین می فهمند که در این بیع باید قیمت به فروشنده تحويل داده شود.

در صحیحه حلبی و سلیمان بن خالد از امام صادق علیه السلام نقل شده که فرمود:

سئل عن الرجل يسلم في الغنم ...؛ از او درباره مردی پرسیدند که گوسفندان سه ساله و دو ساله و چیزهای دیگر را تامد معتبری به صورت بیع سلم می فروشد. امام علیه السلام فرمود: اگر شخصی که باید گوسفندان را بدهد، نتواند تمام آنها را تحويل دهد، بر صاحب این گوسفندان [= خریدار] رواست که نیم، یا یک سوم و یا دو سوم آنها را [از فروشنده] تحويل بگیرد و به جای گوسفندان باقی مانده، پول دریافت کند.<sup>۱</sup>

تقریب استدلال به این حدیث آن است که راوی در این پرسش ، از وقوع سلم در گوسفند می پرسد . امام علیه السلام در پاسخ می فرماید: برای خریداری که به طور سلم گوسفندانی را می خرد ، رواست که برخی از این گوسفندان را تحويل بگیرد و به جای مقدار باقی مانده ، قیمت آنها را دریافت کند . این سخن امام علیه السلام به روشنی نشان می دهد که حقیقت سلم به پرداخت تمامی قیمت ، که در حدیث از آن به رأس المال (سرمایه) تعبیر شده ، بستگی دارد ، تا آن جا که بر خریدار لازم است که هرگاه تعدادی از گوسفندان را تحويل گرفت ، باید باقی مانده سرمایه اش را [از فروشنده] پس بگیرد .

در موئنة عبدالله بن بکیر آمده است:

۱. کافی ، ج ۵ ، ص ۲۲۱ ، ح ۹ . التهذیب ، ج ۷ ، ص ۳۲ ، ح ۲۰ . وسائل الشیعه ، باب ۱۱ از ابواب سلم ، ح ۱ ، ج ۱۳ ، ص ۶۸ .

## فقه اهل بیت / ۱۲ - ۱۱

«از امام صادق علیه السلام درباره مردی پرسیدم که چیزی را پیش خرید کرده است که مردم نیز معمولاً این گونه چیزها را پیش خرید می‌کنند؛ نظیر میوه‌ها. این میوه‌ها از بین می‌روند و او پیش خرید خود را دریافت نمی‌کند. امام علیه السلام فرمود: وی باید سرمايه‌اش را [از فروشنده] بگیرد و یا او را مهلت دهد.<sup>۱</sup>»

این روایت، همانند روایت پیشین، بر مدعای دلالت دارد و حقیقت روشتر از آن است؛ زیرا پرسش تنها در این باره است که بیع سلف واقع شده و عملی کردن آن امکان پذیر نیست. امام علیه السلام در پاسخ می‌گوید: در این صورت، باید خریدار، سرمایه‌اش را پس بگیرد. بنابراین، روایت به روشنی نشان می‌دهد که در بیع سلف باید تمامی قیمت پرداخت شود، تا اگر تحويل کالای فروخته شده امکان پذیر نباشد، موجب بازگردانیدن قیمت پرداخت شده گردد.

در صحیحه دیگر حلبی از امام صادق علیه السلام نقل شده که آن حضرت فرمود:

«سلم در حیوان جایز است، مشروط براینکه حیوانی را که می‌خواهی پیش خرید کنی نام ببری و ویژگی آن را بیان کنی. بنابراین، اگر آن را دریافت کرده‌ی [که از آن توست] و اگر دریافت نکرده حق داری که پول را پس بگیری.<sup>۲</sup>»

دلالت این روایت از آنچه درباره روایت پیشین بیان کردیم روشن می‌شود.

حتی بعید نیست که گفته شود: در لغت نیز از بیع سلم و یا سلف، همین معنا به ذهن تبادر می‌کند. از این رو، آنان گفته‌اند: انشای این بیع ممکن است با ایجاد خریدار صورت گیرد، بدین ترتیب که او بگوید: «أسلمتك و يا أسلفتك ...»؛ این دراهم [=پول] را در برابر کالایی به تو دادم که پس از فلان مدت آن را به من تحويل

۱. تهذیب، ج ۷، ص ۳۱، ح ۱۹؛ وسائل الشیعه، باب ۱۱ از ابواب سلم، ح ۱۴، ج ۱۳، ص ۷۲.

۲. تهذیب، ج ۷، ص ۴۱، ح ۶۲. وسائل الشیعه، باب ۱۱ از ابواب سلم، ح ۱۷، ج ۱۳، ص ۷۳.

## ««««««««««« استصناع یا قرار دادن مفارش ساخت

دھی . فروشنده هم بگوید: قبول کردم .

زیرا معنای سخن خریدار که می‌گوید: «أسلمتك هذا المال في هذا الشيء». جز این نیست که وی این مال را به فروشنده تحویل دهد . چنان که معنای این سخن او: «أسلفتك هذا المال في كذا». نیز جز این نیست که وی این مال را و پیش از فرارسیدن زمان تحویل فروخته و در زمان مقرر باید آن را تحویل دهد . بنابراین ، معنا دارد عنوان اسلام و اسلام که از سلم و سلف گرفته شده ، تنها در صورتی که تسليم قیمت و مال صورت بگیرد و خریدار ، این قیمت را پیش از فرارسیدن زمان تحویل از سوی فروشنده ، به او پرداخت کند .

با توجه به این نکته ، می‌توان به قوّت سخن صاحب جواهر پی بردن که می‌گوید:

« بلکه گفته می‌شود: تسليم قیمت در تحقیق حقیقت سلم شرط است و بدون آن، حقیقت سلم منتفی خواهد بود .<sup>۱</sup>

آنچه در نهایت ، از لغت ، عرف و روایات یاد شده استفاده می‌شود ، این است که حقیقت عنوان سلم و سلف بر پرداخت تمامی قیمت در مجلس استوار است و پیش خرید کردن کالایی ، جز پرداختن قیمت آن ، معنایی ندارد . بر این اساس ، پایه بیع سلم عبارت است از: پرداخت و دریافت قیمت به صورت نقد . لکن این امر ، اقتضا می‌کند که عنوان سلم بر موردي که قیمت و کالای فروخته شده هر دو نسیه باشند ، صدق نکند ، اما این را نمی‌رساند که حقیقت بیع و یا عقد لازم منحصر به که عنوان سلم بر این دو صدق نمی‌کند و این عدم صدق ، موجب باطل شدن این دو و

۱ . جواهر ، ج ۲۴ ، ص ۲۸۹ .

## فقه اهلیت ۱۱ - ۱۲ / »»»»»»»»»»

خارج شدن آنها از اطلاق بیع و عموم عقود نمی شود ، همچنین در مسأله مورد بحث مانیز قضیه از همین قرار است . از این رو ، بیعی که در آن هر دو عوض ، نسیه و مدت دار باشند و از مصاديق سلم و سلف محسوب نشوند ، اطلاق «أحل الله البيع» و عموم «أوفوا بالعقود» آن را در بر می گیرد و در نتیجه ، این بیع درست است .

۲- دلیل دوم بر شرط بودن «پرداخت قیمت در مجلس» در بیع سلم آن است که گفته شود: از آن جا که کالای فروخته شده ، نسیه و به گونه ای کلی در ذمہ فروشنده است ، اگر تمام و یا مقداری از قیمت نیز کلی و بر ذمہ خریدار باشد ، این داد و ستد از قبیل داد و ستد دین به دین می شود که در باره اش نهی وارد شده است .

به عنوان نمونه ، به طریق صحیح از طلحه بن زید ، که کتاب او مورد اعتماد است ، از امام صادق علیه السلام نقل شده که از قول پیامبر خدا صلوات الله علیه و آله و سلم فرمود: «دین در مقابل دین فروخته نمی شود .<sup>۱</sup>

این حدیث ، آشکارا بر باطل بودن بیع دین به دین دلالت دارد . پیشتر دانستید که علامه باقر در کتاب « مختلف » ، برای شرط بودن دریافت قیمت در مجلس ، نیز بدین حدیث استدلال کرده بود .

در این باره باید گفت: ظهور این روایت در باطل بودن فروش دین به دین ، انکار ناپذیر است ، لکن روایت مزبور در یک مورد دیگر هم ظهور دارد و آن عبارت است از تبادل بیع گونه دین به دین ، بدون اینکه خرید و فروش مذکور نظر باشد؛ نظیر اینکه زید بر ذمہ کسی مقداری گندم دارد و عمر و هم مقداری پول از فردی دیگر طلبکار است . زید آن گندم را در برابر این پول می فروشد و این ، بیع دین به دین است

۱. کافی ، ج ۵ ، ص ۱۰۰ ، ح ۱ . تهذیب ، ج ۶ ، ص ۱۸۹ ، ح ۲۵ . وسائل الشیعه ، باب ۸ از ابواب سلف ، ح ۲ ، ج ۱۳ ، ص ۶۴ .

## ««««« استصناع با فرار دادن سفارش ساخت

و نهی ای که از سوی پیامبر خدا ﷺ وارد شده ، آن را در بر می گیرد .

اما در مورد بحث ، فرض بر این است که هیچ کدام از خریدار و فروشنده ، پیش از عقد و با قطع نظر از آن ، به دیگری بدھکار نیست ، بلکه پس از خرید و فروش ، هر کدام به دیگری بدھکار می شود . بنابراین ، از مصادیق بیع دین به دین به شمار نمی رود .

همین نکته ای که مانع تغییم ، دلیل فتوای شیخ الطائفه است در باب «بیع الديون والأرزاق» از کتاب «نهاية» او می گوید :

«اشکالی ندارد اگر آدمی طلب خود از دیگری را به صورت نقد بفروشد ، ولی اگر آن را به صورت نسیه بفروشد کراحت دارد و فروش دین به عوض دینی دیگر جائز نیست .<sup>۱</sup> »

چنان که می بینید ، به رغم اینکه شیخ فروش دین به دین به دیگری همانند آن را روانمی داند ، به جواز فروش دین به صورت نسیه فتوا می دهد . این فتوا به روشنی نشان می دهد که او فروش دین را به صورت نسیه ، مصدقاق بیع دین به دین نمی داند . دلیل این فتوای شیخ ، همان چیزی است که ما پیشتر آن را بیان کردیم و آن اینکه عرف از «بیع دین به دین» چنین می فهمد که هر دو عوض ، پیش از وقوع بیع ، به صورت دین باشند . بنابراین ، موردی را که دین ناشی از معامله باشد و معامله سبب شود که دینی بر عهده شخص بیاید ، در برنمی گیرد .

بر این اساس ، آنچه در «سرائر» آمده است که «این فتوای شیخ صرفاً خبر واحدی است که نه بدان عمل می شود و نه کسی باور به درستی آن دارد و به همین دلیل ، فتوای دیگر شیخ به عدم جواز فروش دین به دین را نقض نمی کند .<sup>۲</sup> » از

۱ . نهاية ، کتاب الديون والکفالات ، ص ۳۱۰ .

۲ . سرائر ، باب بیع الديون والأرزاق ، ج ۲ ، ص ۵۵ .

## فقه اهلیت / ۱۲ - ۱۱

درک نکردن معنای سخن شیخ ناشی می‌شود.

۳- سومین دلیل آن است که اگر پرداخت قیمت در مجلس ، شرط لازم نباشد ، در صورت عدم پرداخت قیمت ، این معامله از قبیل بیع کالی به کالی خواهد بود که پیامبر خدا ﷺ از آن نهی کرده است:

فقد روی فی مستدرک الوسائل عن دعائیم الاسلام عن رسول الله ﷺ ، آنے  
نهی عن بیع الکالی بالکالی ، وهو بیع الدین بالدین ، وذلک مثل آن یسلم الرجل فی  
الطعم إلى وقت معلوم ، فإذا حضر الوقت لم یجد الذی علیه الطعام طعاماً ، فيشتريه  
من الذی هو له علیه بدين إلى أجل آخر ، فهذا دین انقلب إلى دین آخر ... ۱

در «مستدرک الوسائل» از دعائیم الاسلام ، نقل شده: پیامبر ﷺ از بیع کالی به  
کالی؛ یعنی: دین به دین ، نهی کرده است . بیع کالی به کالی ، نظیر اینکه شخصی  
مقداری گندم را پیش خرید می‌کند که در وقت معینی آن را به او تحویل دهند . اما  
شخص فروشنده نمی‌تواند در وقت معین به گندم دست رسی پیدا کند و آن را تحویل  
خریدار دهد ، از این رو گندم را از شخص دیگری که به او بدهکار است به صورت  
نسیه می‌خرد که با این کار ، یک دین تبدیل به دین دیگر شده است .

ظاهر ، آن است که تفسیر این بیع ، به بیع دین به دین از راوی باشد ، هر چند  
این احتمال هم وجود دارد که از سخنان پیامبر خدا ﷺ باشد .

حافظ بیهقی در «السنن الکبری» با سندهایی از موسی بن عبیده ، ابو عبدالعزیز  
زبدی یک بار از نافع ، از ابن عمر نقل کرده است که پیامبر ﷺ از فروش کالی به  
کالی نهی فرموده است . در برخی از این سندها آمده است که نافع گفت: «و این ،  
فروش دین به دین است .» بار دیگر نیز از عبدالله بن دینار ، از ابن عمر ، نقل کرده و

۱. مستدرک ، باب ۱۵ از ابواب الدین و القرض ، ح ۱ ، ج ۲ ، ص ۴۹۱ .

## ««««««««««« استصناع یا قرار دادن سفارش ساخت

گفته است: پیامبر خدا ﷺ از فروش کالی به کالی، دین به دین، نهی کرد. در برخی از این سندها آمده است: ابو عبیده گفت: گفته می شود: «هو النسیة بالنسیة؛ کالی به کالی، یعنی نسیه به نسیه». <sup>۱</sup>

از این رو، احتمال دارد که در خبر عبدالله بن دینار، عبارت: «الَّذِينَ بِالْدَيْنِ» جزء روایت باشد و از خود لفظ نیز همین معنا آشکار می شود. چنان که احتمال دارد این عبارت، تفسیری باشد از برخی از راویان، همان گونه که نافع، کالی به کالی را با همین عبارت تفسیر کرده است و نیز همان گونه که ابو عبیده نقل کرده که گفته می شود: «هو النسیة بالنسیة» [که بیع کالی به کالی را به نسیه به نسیه تفسیر کرده است]. آنچه احتمال دوّم را تأیید می کند آن است که این حدیث از ابن دینار، از ابن عمر، بدون افزودن عبارت: «الَّذِينَ بِالْدَيْنِ» روایت شده است. و خداوند داناست.

این حدیث از طریق امامیه، به طریق معتبر، نقل نشده است و به جای آن چنانکه پیش از این گفته شد، چنین نقل شده است که پیامبر خدا ﷺ فرمود: لا يباع <sup>الْدَيْنَ بِالْدَيْنِ؛ (دِينَ بِهِ دِينٌ فَرُوختَهِ نَمِيَ شَوَّدْ).</sup> <sub>۲</sub>

با وجود این، خبر یاد شده، از روایات مشهور است و حتی ابن ادریس -که معروف است به خبر واحد عمل نمی کند- در «سرائر» خود آن را آورده است، به گونه ای که پیداست وی بدان استناد کرده، زیرا می گوید: اما اگر آن دین وقت پرداختش رسیده باشد؛ فروختن آن به دینی دیگر روایست؛ نه فروش آن به کسی که به او بدهکار است و نه به دیگری. و در این باره اختلافی وجود ندارد. پیامبر ﷺ از بیع کالی به کالی؛ یعنی دین به دین نهی کرده است. <sup>۲</sup> آن گاه ابن ادریس در شرح این

۱. سنن یهقی، کتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين، ج ۵، ص ۲۹۰.

۲. السرائر، باب بيع الديون والارزاق، ج ۲، ص ۵۵.

## نحوه اصلیت / ۱۲-۱۱

حدیث ، همان را بیان کرده که پیش تر به نقل از «دعائیم الاسلام» بیان شد .

فقیه میرزا ، صاحب جواهر ، در کتاب ارزشمند خود گفته است :

ممنوعیت بیع کالی به کالی هر چند از طرق ما ثابت نشده ، بلکه از طرق عامه ثابت شده است ، لکن اصحاب بدان عمل کرده‌اند.<sup>۱</sup>

آنچه از سخنان علماء استفاده می‌شود ، این است که درباره تفسیر مفهوم واژه کالی ، دو نظرگاه وجود دارد :

نظرگاه اول : کالی از «الکلاء» به معنای نگهداری و مراقبت گرفته شده است .

بنابراین ، واژه کالی یا به معنای مراقب است که درباره شخص طلبکار به کار می‌رود ، زیرا وی از بدھکارش مراقبت می‌کند ، تا بدھی اش را از او مطالبه کند و بگیرد . و یا رسم فاعل است به معنای اسم مفعول ، همانند : «الماء الدافق؛ آب ریخته شده» .

بنابراین ، واژه کالی بر خود دین (بدھی) اطلاق می‌شود؛ زیرا خود دین است که مراقبت می‌شود ، تا باز پس گرفته شود . فقیه ادیب و سعید ، شهید ثانی در کتاب «مسالک» ، در آغاز بحث نقد و نسیه ، کالی را به دین تفسیر کرده و گفته است :

«بدان که بیع از لحاظ اینکه قیمت و کالای قیمت شده هر دو نقدند ، یا هر دو نسیه و یا یکی نقد و دیگری نسیه ، بر چهار قسم است :

۱- بیع نقد .

۲- بیع کالی به کالی .

۳- اگر مبیع ، نقد و قیمت مدت دار باشد ، آن را نسیه می‌گویند .

۴- اگر مبیع مدت دار و قیمت فوری باشد ، آن را سلف نامند . به استثنای قسم

۱. الجواهر ، کتاب التجاره ، فصل السلف ، مسئله اول از مقصد سوم ، ج ۲۴ ، ص ۲۹۵ .

## ««««««««« استصناع با قرار دادن سفارش ساخت

دوم ، بقیه اقسام همگی درست است؛ زیرا در روایات از قسم دوم ، نهی شده است . کالی با همزه؛ یعنی فروش نسیه به نسیه - چنان که گروهی از اهل لغت آن را چنین تفسیر کرده‌اند- اسم فاعل و به معنای مراقبت کردن است؛ گویی هر کدام از خریدار و فروشنده به خاطر مالی که در ذمه دیگری دارد از او مراقبت می‌کند . در این صورت ، چیزی در تقدیر است: «بیع مال الکالی بمال الکالی ، و یا اسم مفعول همانند «الدافق» ، که در این صورت ، نیاز به تقدیر ندارد .»

نظیر این سخن را صاحب «ریاض» در شرح بزرگ خود بر «المختصر النافع» گفته است .

راغب در «مفردات» خویش ، کالی را از همین ریشه و معناگرفته است ، بدون آنکه تفسیری ارائه دهد . او گفته است: «الکلاة: نگهداری کردن و باقی گذاردن چیز ... از نسیه به کالی تعبیر شده و در روایت آمده است که پیامبر ﷺ از فروش کالی به کالی نهی کرد .»

بر اساس این تفسیر ، اگر چه کالی در سخن پاره‌ای از فقهاء ، به معنای فروش نسیه به نسیه آمده است ، لکن ممکن است کسی بگوید: واژه کالی به طور حقیقت و بدون مجاز ، صدق نمی‌کند ، مگر اینکه ذمه شخص مشغول شود و او بدھکار گردد و در این صورت ، طلبکار مراقب دین است و خود دین ، مراقب است .

بنابراین ، به ناچار ، بیع کالی به کالی برابر است با بیع ذین به ذین ، چنان که تفسیر کالی به این معنا در سخنان هر دو فرقه آمده است و حتی پیش‌تر دانستید که احتمال دارد تفسیر «کالی به کالی» به «ذین به ذین» از خود پیامبر ﷺ باشد . بر این اساس ، بحث درباره بیع کالی به کالی برمی‌گردد به بحث از حدیث نبوی «لا بیع الدین بالدین» یعنی «ذین به ذین فروخته نمی‌شود .» قبل از این بیان شد که این حدیث ، تنها بر این امر دلالت دارد که هرگاه چیزی پیش از انشای بیع ، ذین و در ذمه

## نقد اهلیت ۱۲ / ۱۱

باشد ، فروش آن روانخواهد بود .

نظرگاه دوم : ماده «کلا» جز نگهداری و مراقبت ، معنای دیگری دارد که عبارت است : از تأخیر ، بنابراین ، کالی ؛ یعنی عقب افتاده و متأخر .

در «المصباح المنير» آمده است :

«كَلَّا لِذَنْبِنَ يَكُلَّا، يَعْنِي دِينَ بِهِ تَأْخِيرٌ افْتَادَهُ . اسْمَ فَاعِلٍ آنَّ كَالِيَّ اسْتَ بَا هَمْزَهٗ؛ مَنْ تَوَانَ آنَ را بِدُونِ هَمْزَهٗ هُمْ خَوَانِدَ «كَالِيٌّ»، مُثْلِ «قَاضِيٌّ». اصْمَعِي مَنْ گُوِيدَ: كَالِي هَمَانِنْدَ قَاضِي اسْتَ وَرَوَا نَيْسَتَ كَهْ بَا هَمْزَهٗ خَوَانِدَه شَوَّدَ . ازْ خَرِيدَ وَفَرَوْشَ كَالِي بِهِ كَالِي نَهْيَ شَدَه اسْتَ؛ یَعْنِي خَرِيدَ وَفَرَوْش نَسِيَه بِهِ نَسِيَه . ابُو عَبِيدَه مَنْ گُوِيدَ: صَوْرَتَ بَيْعَ كَالِي بِهِ كَالِي، بِدِينِ تَرْتِيبَ اسْتَ كَهْ مَثَلًا شَخْصَ، پُولِي رَا پُرَادَخْتَ كَنْدَ تَا پَسَ ازْ مَدْتَى درْعَوْضَ آنَ گَنْدَمَ تَحْوِيلَ بَغَيرَه . زَمانِي كَهْ آنَ مَدْتَ فَرَارِسَدَ، شَخْصِي كَهْ فَرَوْشَنَدَه گَنْدَمَ بُودَ مَنْ گُوِيدَ: مِنْ دَرْ حَالَ حَاضِرَ، گَنْدَمَ نَدَارَمَ، لَكِنْ آنَ رَا تَا مَدْتَي دِيَگَرَ بِهِ طَورِنِيَه بِهِ مِنْ بَفَرَوْش . دَرَايِنَ صَوْرَتَ، اينَ نَسِيَه بِهِ يَكْ نَسِيَه دِيَگَرَ تَبْدِيلَ مَنْ شَوَّدَ . اگرْ خَرِيدَارَ آنَ گَنْدَمَ رَا ازْايِنَ فَرَوْشَنَدَه بِسْتَانَدَ وَسَپَسَ آنَ رَا بِهِ خَوَدَ اوْ وَيَا فَرَدَي دِيَگَرَ بَفَرَوْشَدَ، اينَ مَعَامِلَه، كَالِي بِهِ كَالِي نَخْواهد بُودَ .»

در «نهاية» ابن اثير نيز سخنی قریب به همین مضامون آمده است .

بر اساس این تفسیر ، می توان اذعاکر د که بیع کالی به کالی بر هر کلی که خریدار و فروشنده بر به تأخیر انداختن ادای آن قرار بگذارند ، صدق خواهد کرد؛ زیرا پایه مفهوم آن ، عنوان تأخیر (عقب انداختن) است و هرگاه قرار بر تأخیر ادای مثمن یا ثمن باشد ، هر یک از این دو ، امری متأخر خواهد بود و این همان فروش کالی به کالی است و متوقف بر صدق عنوان دین ، که قوام آن به اشتغال ذمه است نخواهد بود .

اما دلیلی بر متعین بودن تفسیر دوم وجود ندارد ، بلکه اراده کردن معنای نخست (نظرگاه اول) به طور جدی محتمل به نظر می رسد و تفسیر بیع کالی به کالی به

## ««««««««« استصناع با قرار دادن سفارش ساخت

بیع دین به دین ، که در سخنان استادان و علمای بزرگ به چشم می خورد ، نیز همین معنای نخست را اقتضا دارد . بنابراین ، دلیل شرعی بر اینکه چنان معنای عامی که در نظرگاه دوم آمده است ، مراد باشد وجود ندارد . شاید به همین سبب و یا به خاطر معتبر نبودن سند آن از دیدگاه شیخ الطائفه ، او در «مبسوط» ، صرفاً به کراحت فروش دین به طور نسیه ، فتوا داده است؛ که فتوای او را پیشتر نقل کردیم .

۴- اجماع طایفه براین شرط (پرداخت قیمت در مجلس) ، چنان که صاحب «غنیه» و «مسالک» و حتی «تذکره» آن را ادعای کرده‌اند و صاحب «ریاض» و صاحب «جواهر» - همان‌گونه که پیش‌تر دانستیم - بدآن استناد نموده‌اند .

لکن در اینجا ، کشف نظر معصوم علیه السلام از این اجماع ، دشوار است؛ زیرا این احتمال وجود دارد که اجماع کنندگان به برخی از دلایل پیشین استناد کرده باشند . از این رو ، ارزش اجتماعی که ادعا شده ، از ارزش دلایلی که پیش‌تر به چگونگی آنها آشنا شدید بیشتر نخواهد بود .

پس از تمامی این سخنان ، اگر کسی به درستی فروش کلی به کلی ، که هر دو مدت‌دار [=نسیه] باشند ، قابل شود ، نظریه او با قواعد همخوانی خواهد داشت .

تمامی آنچه گفته شد ، درباره صورت نخست بود که میان سازنده و سفارش دهنده ، تملیک و تملک به طور قطعی انجام شده باشد .

صورت دوم: اما صورت دوم در قرارداد سفارش ساخت؛ یعنی در موردی که میان آن دو ، قراری قطعی حاصل شده باشد مبنی بر اینکه سازنده مقداری از کالای درخواستی را بسازد و آن را بس فارش دهنده عرضه کند و سفارش دهنده هم آن کالا را پس از عرضه کردن وی خریداری کند ، این صورت ، چنان که دانستیم ، مصدق عنوان عقد است .

بر این پایه ، حق آن است که آیه: «یا ایها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» ، صورت

## نحوه اهلیت / ۱۲ - ۱۱

دوم را در بر می‌گیرد و بر لزوم و وجوب وفای به آن بر هر کدام از طرفین دلالت می‌کند ، تا آن جا که بر سازنده (فروشنده) واجب است که مقدار مورد توافق را بسازد و به سفارش دهنده (خریدار) عرضه کند ، و بر سفارش دهنده نیز واجب است که آن را با قیمت عادلانه و مورد توافق ، خریداری کند و اگر یکی از این دو طرف به آنچه ملتزم شده و قرارداد بسته است عمل نکند ، حکومت اسلامی وی را مجبور و مُلَزِّم می‌کند که به قراردادش عمل کند . همان گونه که در سایر قراردادها نیز چنین است .

اشکال : آیه مبارکه تنها قراردادهای معمولی را که در زمان نزول این آیه رایج بوده‌اند ، مذکور دارد و داد و ستد های جدید در زمان مارا ، که مالا مال از فن آوریها و قراردادهای نوین است ، در بر نمی‌گیرد .

پاسخ : اولاً : عقلا از این آیه ، چنین می‌فهمند که اگر قراردادی جدی میان خریدار و فروشنده بسته شود ، همان ، موجب می‌شود تا حکم به وجوب وفای بدان صادر گردد . از این رو ، آیه مبارکه ، هر قراردادی را که دارای این کیفیت باشد در بر می‌گیرد .

به بیانی دیگر : تردیدی نیست که عقلا ، قرارداد را به لحاظ اینکه عقد و قراردادی جدی میان طرفین (فروشنده و خریدار) است ، موضوعی کامل برای وجود وفای آن می‌دانند . بنابراین ، ملاک و معیار صدور حکم به درستی و وجوب وفا ، چگونگی قرارداد است و از دیدگاه آنان ، در این حکم ، میان قراردادهایی که نزد پیشینیان معمول بوده و قراردادهایی جدیدی که اکنون رایج است ، نظری قرارداد بیمه ، هیچ تفاوتی وجود ندارد و عمل کردن به تمامی این قراردها به لحاظ اینکه عقد و قرارداد است و نیز مترتب ساختن اثر مورد نظر بر آنها ، واجب است و این ، امری معمول در میان عقلا به شمار می‌رود .

از این رو ، وقتی آیه : « او فوا بالعقود » ، از سوی شارع حکیم فروفرستاده

## ««««««««« استصناع یا قرار دادن سفارش ساخت

می شود ، عقلاً تنها این معنا را از آن می فهمند که خداوند هر عقد و قراردادی را که در میان آنان رایج است تأیید فرموده بدین معنا که هر قراردادی به لحاظ اینکه قرارداد است ، درست خواهد بود و اثر مورد نظر شرع بر آن مترتب است . بنابراین ، هیچ قراردادی از عموم این سخن خداوند بیرون نیست ، مگر اینکه دلیلی بر استثنای آن وجود داشته باشد .

ثانیاً: اصل قرارداد سفارش ساخت ، امری نوپیدا در زمان ما نیست ، بلکه از متون کهن نظیر «الأُم» و «الخلاف» ، دانسته می شود که این قرارداد ، در زمانهای گذشته نیز بوده است و تاریخ هم به قدیمی بودن آن گواهی می دهد .

البته ، با این تفاوت که کالای مورد سفارش در آن زمان ، همانند چکمه و کوزه و کلاه بوده که تعداد کمی از آنها آن هم با دست ساخته می شده است ، ولی در زمان ما کالاهایی همچون ظرفهای شیشه‌ای گرفته تا انواع کالاهای دیگر ، در میلیونها عدد و به وسیله کارخانه‌های جدید ساخته می شود .

همان‌گونه که فروش و معامله بسیار از این کالاهای جدید ، مشمول دلایل صحّت بیع و آیه: «أَحْلَ اللَّهُ الْبَيْع» ، می باشد ، قرارداد سفارش ساخت آنها به گونه‌ای که در صورت دوم بیان شده است ، نیز مشمول دلیل صحّت استصناع و آیه «أَوْفُوا بالعقود» است .

اشکال دیگر: هر چند عموم آیه مبارکه اقتضا می کند که «سفارش ساخت» در صورت دومش هم درست باشد ، اماً روایات خاصی ، که از لحاظ سند درست است ، از امامان اهل بیت علیهم السلام وارد شده که نشان می دهد قرارداد خرید کالا ، از دیدگاه شرعی ، تنها در صورتی درست است که هر کدام از خریدار و فروشنده در اجرای این قرارداد از اختیار کامل برخوردار باشد . به عنوان مثال ، صاحب کالا پس از دست یافتن بر آن کالا باید اختیار داشته باشد که آن را به طرف قراردادش بفروشد و

## نقه اهلیت / ۱۲ - ۱۱

یا به او نفروشد و مشتری نیز باید مختار باشد که آن کالا را از وی بخرد . یا نخرد .

بنابراین ، اگر قراردادی صورت بگیرد که مقتضای آن پیمانی قطعی بر ساختن و عرضه کردن کالا از یک طرف و خریدن آن پس از عرضه از طرف دیگر باشد [و اختیار از هر کدام آنها سلب شود] ، این قرارداد ، خلاف روایات مزبور و محکوم به فساد و بطلان خواهد بود .

نمونه‌های از این روایات :

در صحیحه معاویه بن عمار که آن را ثقة الاسلام کلینی در «کافی» ، شیخ صدوق در «من لا يحضره الفقيه» و شیخ الطائفه در «تهذیب» ، روایت کردہ‌اند ، آمده است :

«به امام صادق علیه السلام گفت: مردی به نزد من می‌آید و تقاضای ابریشم می‌کند در حالی که نزد من هم ابریشمی وجود ندارد. در باره سود و نیز مدت [تحویل کالا] با یکدیگر گفتگو می‌کنیم، و به توافق می‌رسیم. آن‌گاه من می‌روم و ابریشم برایش می‌خرم و او را بدان فرا می‌خوانم. امام علیه السلام فرمود: تصور می‌کنی اگر روی معامله‌ای را پیدا کنید که برایش سودمندتر از معامله با تو باشد، آیا می‌تواند به دنبال آن برود و تورا رها کند؟ یا اگر تو چنین معامله‌ای را پیدا کنی، آیا می‌توانی به دنبال آن بروی و آن مرد را [که با وی قرار داشتی] رها کنی؟ گفت: آری. امام علیه السلام فرمود: اشکالی ندارد.<sup>۱</sup>»

در صحیحه عبدالرحمون بن حجاج نیز چنین آمده است :

«به امام صادق علیه السلام عرض کردم: شخصی به نزد من می‌آید و کالایی را از من درخواست می‌کند. من در باره سود با او گفتگو می‌کنم. آن‌گاه این کالا را می‌خرم و آن را به وی می‌فروشم. امام علیه السلام فرمود: آیا چنین نیست که اگر او بخواهد آن را تحویل می‌گیرد و اگر نخواهد آن را تحویل نمی‌گیرد؟ گفت: آری

۱. کافی ، ج ۵ ، ص ۲۰۰ ، ح ۵. تهذیب ، ج ۷ ، ص ۵۰ ، ح ۲۱۹. الفقيه ، ج ۳ ، ص ۱۷۹ ، ح ۲۹.

وسائل الشیعه ، باب از ابوباب احکام عقود ، ح ۷ ، ج ۱۲ ، ص ۳۷۷.

## «««««««« استصناعه یا قرار دادن سفارش ساخت

[چنین است]. امام فرمود: اشکالی ندارد. گفتم: کسی هست که این قرارداد را باطل می‌داند. فرمود: چرا؟ گفتم: چون او چیزی را فروخته است که ندارد. فرمود: پس چه می‌گوید دربارهٔ سلم که صاحبی چیزی را می‌فروشد که در نزدش موجود نیست؟ ... پدرم می‌فرمود: فروش هر کالایی که بتوانی آن را در وقت فروش تهیه کنی، اشکالی ندارد.

در این زمینه، روایات بسیاری وجود دارد که از لحاظ سند، معتبر و از لحاظ دلالت، روشن است. معلق ساختن حکم صحّت معامله و منوط کردن آن بر مختار بودن هر یک از فروشنده و خریدار در عمل کردن به آنچه با یکدیگر گفتگو کرده‌اند و ترک آن - در صحیحه نخست - و نیز در تحويل گرفتن و نگرفتن کالا - در صحیحه دوم -، به روشنی نشان دهنده آن است که اگر هر دو و یا یکی از آنها به عمل کردن به مفاد گفتگو و قرارداد فيما بین، ملزم و مجبور باشند، قرارداد آنها باطل خواهد بود و این، خلاف چیزی است که ما از عموم آیه: «أوفوا بالعقود» استفاده کردیم. بنابراین، به ناچار باید این عموم را تخصیص زد، البته بنابر مبنایی که تخصیص کتاب را به خبر معتبر، درست می‌داند.

پاسخ: آنچه گفتید، ممکن است در آغاز به ذهن خطور کند، اما بررسی برخی دیگر از این روایات نشان می‌دهد که مقصود اصلی امام علی<sup>ع</sup> از پرسش درباره اختیار مذبور آن است که امام علی<sup>ع</sup> از عدم تحقق انشای بیع میان فروشنده و خریدار اطمینان پیدا کند؛ که اگر بیع میان آن دو تحقق پیدا کرده باشد، لازمه‌اش، هم در عرف و هم در شرع، سلب اختیار از آن دو خواهد بود.

بر این اساس، مراد امام علی<sup>ع</sup> آن است که هنوز میان فروشنده و خریدار قرارداد خرید و فروش بسته نشده و انشای آن به مرحله‌ای پس از خرید به تأخیر انداخته شده است. از این رو، گفتگو و قرار گذاشتن مانعی ندارد و در غیر این صورت، [یعنی اگر پیش از خرید، انشای بیع شود] آن بیع باطل خواهد بود؛ زیرا از قبیل فروش

## فقه اهلیت / ۱۲ - ۱۱

چیزی است که فروشنده مالک آن نیست.

در صحیحه منصور بن حازم از امام صادق ظلیل نقل شده که از آن حضرت درباره کسی پرسیده شد که شخصی دیگر کالایی برای او می خرد و او از آن شخص خریداری می کند . امام ظلیل فرمود:

«این قرارداد اشکالی ندارد، اما بیع تنها پس از خرید محقق خواهد شد.»<sup>۱</sup>

موردن سخن امام ظلیل - شاید مورد پرسش نیز - آن است که پس از آنکه شخص بواسطه کالا را خریداری کرد ، سفارش دهنده آن را از وی بخرد ، لکن آن حضرت ، در مقام پاسخ ، تنها به جمله «لا بأس بذلك» ، (اشکالی ندارد) ، بسنده نمی کند ، بلکه علت آن را نیز با این سخن خود بیان می کند: «إِنَّمَا الْبَيْعُ بَعْدَ مَا يَشْتَرِيهِ»؛ یعنی صحبت: «معامله تنها پس از خرید آن کالا محقق خواهد شد.» این سخن بدین معناست که رمز صحبت معامله ، انشای صیغه معامله و بستن قرارداد خرید و فروش پس از مرحله ای است که فرد بواسطه ، آن کالا را می خرد و مالک آن می شود . بر این اساس ، این خرید و فروش از قبیل فروختن چیزی که فرد ، مالک آن نیست نمی باشد .

در صحیحه محمد بن مسلم ، از امام باقر ظلیل نقل شده است که :

«من از آن حضرت درباره شخصی پرسیدم که کسی به نزد او می آید و می گوید: برای من کالایی خریداری کن، شاید من آن را نقد و یا نسیه از تو بخرم. این مرد هم آن را برای او می خرد. امام ظلیل فرمود: اشکالی ندارد. او این کالا را زمانی از آن دیگری خریداری می کند که وی مالک آن شده است.»<sup>۲</sup>

۱. کافی ، ج ۵ ، ص ۲۰۰ ، ح ۴ . وسائل الشیعه ، باب ۷ از ابواب احکام عقود ، ح ۳ ، ج ۱۲ ، ص ۳۷۴.

۲. تهذیب ، ج ۷ ، ص ۵۱ ، ح ۲۲۰ . وسائل الشیعه ، باب ۸ از ابواب احکام عقود ، ح ۸ ، ج ۱۲ ، ص ۳۷۷.

## ««««««««« استصناع یا قرار دادن سفارش ساخت

چگونگی دلالت این حدیث بر مدعای مذکور ، از آنجه در ذیل صحیحة نخست بیان کردیم به دست می آید . این حدیث از لحاظ دلالت ، روشن تر از حدیث اول است . زیرا در آن ، امام علیہ السلام به طور آشکار فرموده است : «إنما يشتريه منه بعد ما يملكه» ، و جمله : «بعد ما يشتريه» در صحیحه نخست رابه جمله : «بعد ما يملكه» در اینجا تبدیل کرده است . این تبدیل به روشنی نشان می دهد که اعتبار خرید کالا به سبب حصول ملکیت است ، مهم این است که خرید و فروش پس از ملکیت انجام شده باشد و یا پیش از آن . [در صورت اول معامله درست و در صورت دوم باطل خواهد بود] .

در روایت یحیی بن حجاج نیز چنین آمده است :

«از امام صادق علیہ السلام درباره مردی پرسیدم که به من گفت : برایم این لباس و این حیوان معین را خریداری کن و آنها را به من بفروش و من فلان مقدار سود به تو می پردازم . امام علیہ السلام فرمود : اشکالی ندارد . آن را خریداری کن ، [لکن] پیش از آنکه آنها را خریده باشی یا به هر نحو مالک آنها شده باشی معامله را قطعی اعلام مکن .<sup>۱</sup> »

دلالت این حدیث چنان روشن است که نیاز به شرح ندارد .

به طور کلی ، انضمام این احادیث سه گانه به دیگر روایاتی که بدانها اشاره کردیم و دو روایت از آنها را یادآور شدیم ، این نتیجه رابه دست می دهد که نظر تمامی این احادیث ، به ممنوعیت فروش جنس ، پیش از ملکیت آن است و این ممنوعیت ، تنها به مورد سؤال اختصاص دارد .

۱ . کافی ، ج ۵ ، ص ۱۹۸ ، ح ۶ . تهذیب ، ج ۷ ، ص ۵۸ ، ح ۲۵۱ . وسائل الشیعه ، باب آن از ابواب احکام عقود ، ح ۱۳ ، ج ۱۲ ، ص ۳۷۸ .

## فقه اهلیت / ۱۲ - ۱۱

اما در آنچه ما درباره آن بحث می‌کنیم ، فرض بر این است که تنها یک قرارداد قطعی میان فروشنده و خریدار تحقق پیدا کرده است که یک طرف کالا را بسازد و عرضه کند و طرف دیگر [پس از عرضه] آن را خریداری کند . بنابراین ، موضوع سخن ما ، عقد و قرارداد دیگری است که مقتضای آن ، صرفاً عمل به این قرارداد است (اقدام به خرید و فروش ، پس از ساخته شدن کالا) . بنابراین ، در اینجا ، نه فروختن پیش از ملکیت در کار است و نه مانعی دیگر . از این رو ، عموم آیه: «أَوْفُوا بالعقود» استوار و عمل بدان لازم است .

تمام آنچه گفته شد ، درباره صورت دوم «سفارش ساخت» است .

صورت سوم: اما صورت سوم [از صورتهای مفروض قرارداد سفارش ساخت] این است که میان سفارش دهنده و سازنده ، صرفاً عده خرید و فروش تحقق یابد؛ آن هم وعده‌ای غیر قطعی و بدون اطمینان؛ بدین ترتیب که سفارش دهنده بگوید: این کالا و یا کالاهارا برایم بساز ، و شاید من آنها را از تو خریداری کنم ، و یا سازنده بگوید: من این کالاهارا درست می‌کنم ، شاید تو آنها را از من بخری ، و از این قبیل عبارات .

بی تردید ، قرارداد میان این دو چیزی بیش از وعده دادن به یکدیگر ، که در آن به قطعی نبودن کار تصریح شده ، نیست و هیچ دلیلی شرعی‌ای وجود ندارد که موجب شود آن دو بیشتر از حد تتوافق عمل کنند و این وعده دادن ، هیچ‌گونه الزامي برای هیچ یک از این دو به وجود نمی‌آورد .

از این رو ، سازنده اگر بخواهد کالای سفارش شده را می‌سازد و برای فروش عرضه می‌کند ، و گرنه آن را نمی‌سازد و برای فروش عرضه نمی‌کند . همچنین ، اگر سفارش کننده بخواهد آن را پس از ساخت می‌خرد ، و گرنه آن را نمی‌خرد .

## ««««««««« استصناع با قرار دادن سفارش ساخت

### چکیده بحث:

«استصناع»، آن است که کسی نزد صنعتگر می‌آید و از او درخواست می‌کند که تعدادی از آنچه را که می‌سازد، برای او بسازد و بر همین اساس، عقد و قراردادی میان آن دو صورت می‌گیرد. استصناع (سفارش ساخت) از دیدگاه ابو حنیفه و برخی دیگر، از مصاديق بيع است.

حق این است که «سفارش ساخت» بر سه قسم است:

- ۱/ این سفارش در قالب تملیک و تملک قطعی و بدون حالت انتظار صورت می‌گیرد.
- ۲/ در قالب قرارداد قطعی میان سفارش دهنده و سازنده انجام می‌شود، مبنی بر اینکه سازنده کالا را بسازد و پس از ساختن، آن را به سفارش دهنده بفروشد.
- ۳/ در قالب یک موافعه غیر قطعی انجام می‌پذیرد، بدین ترتیب که سفارش دهنده می‌گوید: فلان چیز را برايم بساز، شاید من آن را از تو بخرم، و یا اینکه سازنده می‌گوید: پس از یک ماه از من خبر بگیر، شاید آنچه را می‌خواهی بسازم و آن را به تو بفروشم.

قسم اول: مفهوم بيع بر آن منطبق می‌شود و باید تمامی شرایط درستی بيع را دارا باشد؛ خواه شرایط خود عقد باشد و خواه شرایط عوضین و یا شرایط فروشنده و خریدار.

بنابراین، اگر کالای مورد سفارش امری جزئی باشد، نظیر سفارش ساخت کشتی شخصی که مقداری از آن ساخته شده است، این سفارش، در حقیقت، فروختن یک کالای موجود است؛ مشروط بر اینکه مقدار باقی مانده بدان ضمیمه شود. این یک نوع معامله (بيع) درست است؛ البته به شرط اینکه خصوصیات آن

## نحوه اهلیت ۱۲ / ۱۱

مشخص باشد ، نظیر اینکه سفارش دهنده شرط کند که سازنده باید ساخت آن کشتی را به مواد مشخص و با خصوصیات معین به اتمام برساند .

اما اگر کالای مورد سفارش امری کلی باشد ، مصدق بیع سلم خواهد بود - طبق نظرگاه مشهور - و در این صورت ، تمام شرایط بیع سلم در این قرارداد نیز باید موجود باشد . از جمله شرایط بیع سلم ، دریافت قیمت پیش از پراکنده شدن فروشنده و خریدار از مجلس قرارداد است و طایفه امامیه ، جز اندکی از آنان ، قابل به این شرط هستند . ابو حنیفه و شافعی و احمد نیز همین دیدگاه را برگزیده‌اند و مالک قابل به تفصیل شده است .

برای اثبات این مدعای که قسم اول از مصادیق بیع سلف و سلم است ، می‌توان به سخن پیامبر خدا ﷺ استدلال کرد که فرمود : « لا يباع الدين بالدين ؛ الدين به الدين فروخته نمی‌شود و نیز به اینکه آن حضرت از بیع کالی به کالی نهی کرده است .

اما حقیقت آن است که هر چند عنوان « سلم » بر این قسم صدق نمی‌کند ، مگر اینکه قیمت پیش از برهم خوردن مجلس پرداخت شود ، لکن این امر ، موجب باطل شدن این قسم نمی‌شود؛ زیرا عنوان بیع بر آن صدق می‌کند و اطلاق آیه : « أحل الله البيع » آن را در بر می‌گیرد .

ظاهر سخن پیامبر ﷺ : « لا يباع الدين بالدين » آن است که موضوع سخن ، موردی است که [کالای فروشی] پیش از فروش ، به صورت دین باشد . از این رو ، مورد بحث را که مبیع پس از فروش ، تبدیل به دین می‌شود ، در بر نمی‌گیرد .

واژه کالی در برخی از تفاسیر به چیزی تفسیر شده که به معنای دین تطبیق می‌شود . از این رو ، استدلال بدان برای باطل بودن [قرارداد مورد بحث] نیز درست نخواهد بود .

## ««««««««« استصناع با قرار دادن سفارش ساخت

بنابر این ، قواعد اقتضا می کند که [قسم نخست قرارداد سفارش ساخت] به عنوان بیع درست باشد ، هر چند سفارش دهنده تمام قیمت را پرداخت نکند ، نه در مجلس قرارداد و نه پیش از پراکنده شدن از آن .

قسم دوم: موردی که میان سفارش دهنده و سازنده ، عقد و قرارداد قطعی بسته می شود ، مبنی بر اینکه سازنده کالا را بسازد و پس از ساختن ، آن را به سفارش دهنده بفروشد . این قسم ، بیع محسوب نمی شود؛ زیرا در این قرارداد تصریح شده که خرید و فروش پس از ساخت انجام شود؛ لکن این قسم دوم ، مصدقاق قطعی برای عقد است . بدین سبب ، عموم سخن خداوند: «أوفوا بالعقود» آن را در برنمی گیرد و دلیلی نیز بر تخصیص این عموم اقامه نشده است . بر این اساس ، بر هر یک از طرفین قرارداد کننده ، واجب است که به قرارداد و آنچه بدان ملتزم شده است وفا کند .

قسم سوم: در این قسم که صرفاً مواعده‌ای میان طرفین صورت می گیرد و هیچ کدام از این دو به چیزی التزام نداده است ، بدون شک ، قرارداد بسته شده میان آنها توأم با اطمینان نیست و هر کدام از طرفین آشکار را بیان کرده که ملزم نیست بر طبق این قرارداد عمل کند و [از سوی دیگر] هیچ دلیل شرعی هم وجود ندارد که این دو و یا یکی از آنها به بیش از آنچه توافق کرده‌اند ، ملزم باشند . بنابراین ، قسم سوم [از اقسام سه‌گانه قرارداد و سفارش ساخت] ، بیع نیست و اطلاق آیه «أحل الله البيع» ، آن را شامل نمی شود ، چنان‌که عموم آیه: «أوفوا بالعقود» نیز آن را در برنمی گیرد .

در نتیجه ، این وعده دادن ، برای هیچ یک از طرفین الزام آور نیست . بدین سبب ، اگر سازنده خواست ، آن کالا را می سازد و برای فروش عرضه می کند ، و گرنه آن را نمی سازد و به خریدار عرضه نمی کند . چنان‌که خریدار نیز پس از آن که کالای مورد توافق بر او عرضه شده اختیار دارد: اگر خواست آن را می خرد ، و گرنه آن را نمی خرد . و خداوند حقایق احکام خویش را می داند .