



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 حقوقی 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 مزایا 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 بهادار 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

استصناع

(قرارداد سفارش ساخت)

محمّد مؤمن قمی

مراد از عقد استصناع 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:

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؛ چرا که پیامبر ﷺ فرمود: «هر آنچه را مسلمانان نیکو بدانند، در نزد خدا [نیز] نیکوست.» و نیز فرمود: ائمت من بر گمراهی گردهم 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 نامعلوم است. همچنین است نوشیدن آب از [دست] آب فروش با [پرداخت] قیمت ... در حدیث است که پیامبر ﷺ ساختن انگشتر 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 ببیند، آن را بفروشد، فروش آن به دیگری جایز است. زیرا قرارداد هنوز مشخص نشده است. لکن هرگاه سازنده، آن کالا را آماده کند و به رؤیت سفارش دهنده برساند، وی مختیر است [که آن را بپذیرد 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] مختیر خواهد بود.»

ابویوسف می‌گوید: هرگاه صاحب صنعت، کالای سفارش شده [مثلاً: 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 بسا کسی 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،»

نوع کار، نام ویژه‌ای دارد و این نام باید معنای ویژه‌ای داشته باشد که مطابق همان نام باشد.
استصناع از باب استفعال و از صناع گرفته شده است و دانستیم که کار در آن شرط شده است.^۱

در بیان نظر گاه‌های علما به 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 مادامنه 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 بازرگانان 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 تحقق پیدا کند، می‌تواند در قالب سفارش ساختن یک کالای بزرگ، مانند یک کشتی بزرگ جنگی نیز تحقق 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 تحقق می‌یابد.

۱. همان مأخذ، ج ۱۵، ص ۸۴ و ۸۵.

می پذیرد ، به گونه ای که در انشای این ملکیت هیچ گونه حالت انتظار آینده برای آنها باقی نمی ماند و تنها چیزی که برای طرفین باقی می ماند آن است که هر دو باید به این قرارداد و فادار باشند [و بدان عمل کنند] .

این نوع قرارداد سفارش ساخت - که در میان مردم بسیار رایج است - بیع محسوب می شود 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 کرده ایم و سایر اقسام بیع وجود ندارد ، جز اینکه [در این جا] هنوز آن کالای مورد معامله ساخته نشده و خریدار شرط کرده است که فروشنده آن را بسازد و تحویل دهد و انضمام این شرط ، باعث خارج شدن قرارداد از حقیقت آن یعنی بیع نمی شود؛ زیرا حقیقت بیع گسترده است و نمی توان 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 ما نیست ، تا آن را جزء هر نوع داد و ستدی ، که می خواهیم قرار دهیم؛ بلکه این حقیقت را ، که از آن به مبادله عین در برابر قیمت تعبیر می شود ، جزء بیع چیز دیگری نمی توان دانست . بر این اساس ، قرارداد سفارش ساخت ، همان احکام بیع را دارد و نیز باید همان شرایط بیع در آن وجود داشته باشد . بحث افزون تر در این باره را پس از این خواهیم آورد .

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

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

« عقدت الحبل عقداً - من باب ضرب - فانعقد. والعقدة ما یمسکه ویحبسه ویوثقه ومنه قیل : عقدت البیع ونحوه؛ ریمان را محکم 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 گفته اند : عقدت البیع و امثال آن .»

در « اقرب الموارد » آمده است :

« عقد الحبل وعقد البیع والعهد والیمین ونحوها عقداً ...؛ « اوریمان ، بیع ، پیمان ، سوگند و ... را محکم بست عقده یعنی محکم کرد و بست آن را ، عقَدَ (بست) متضادَّ حَلَّ (بازکرد). عَقَدَ الْخَيْطَ وَنَحْوَهُ : آن را گره زد و اطرافش را جمع کرد. »

در « فروق اللغات » نگاشته جزائری ، آمده است :

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

در « مفردات » راغب می خوانیم :

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

در « منتخب اللغات » چنین می گوید :

« عَقَدَ به فتح : بستن و گره دادن ... « عَقَدَ » به فتح عین و قاف : گره گرفتن ریمان و زیان ..»

در « تبیان » نگاشته شیخ طوسی رحمته الله آمده است :

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

از مصادیق بیع است. از این رو، باید گفت: سفارش ساخت (استصناع) یک عنوان کلی است که از چند نوع قرارداد انتزاع می‌شود و نه از یک نوع، همانند عنوانهای عقد و عهد و مبادله که هر کدام چندین نوع را در بر می‌گیرد.

ج- پس از همه آن گفتگوها، صرفاً یک وعده غیر قطعی، میان طرفین صورت می‌گیرد، بدین ترتیب که سفارش دهنده می‌گوید: «این تعداد از فلان کالا را بساز، شاید من آن را از تو بخرم»، و سازنده (صاحب صنعت) هم آن را می‌پذیرد و یا اینکه سازنده می‌گوید: «پس از یک ماه به من مراجعه کن، شاید من این تعداد کالا را برایت بسازم و آن را در اختیارات 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 بیع است و نه عقد. با این همه، این وعده یک نوع دیگر از قرارداد سفارش ساخت محسوب می‌شود.

نتیجه: سفارش ساخت را مستقیماً نمی‌توان عقد بر شمرد، چنان که بر شمردن آن از مصادیق بیع به طور مطلق نیز چندان نظرگاه درستی نیست؛ بلکه این سفارش، عنوانی انتزاعی است که گاهی از برخی اقسام بیع انتزاع می‌شود، گاهی از یک قسم خاص از عقود و گاهی صرفاً از وعده طرفین به یکدیگر، با همان تفصیلی که پیش از این دانستید.

جهت سوّم: حکم سفارش ساخت از دیدگاه شریعت:

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

فقہ اہلیت / ۱۲-۱۱

برساند. از این رو، کالای فروشی همین مقدار بافته شده است، لکن مشروط بر اینکه بافنده، 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 بافنده 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 ناآگاهی، که باعث بطلان بیع می شود، بیرون آورد؛ چرا که در صورت نبودن حالت ناآگاهی، بیع صحیح است.

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

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

ابوالمکارم ابن زهره در «غنیه»، در یکی از بخشهای کتاب بیع می گوید:

«شرایطی که به تسلّم اختصاص دارد به حکم اجماع طایفه، چهار تاست: بیان مدّت معین؛ بیان محلّ تحویل؛ سرمایه حاضر باشد؛ و در مجلس عقد دریافت شود.^۱»

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

«مسأله» مشهور بر آنند که دریافت قیمت در مجلس، در بیع سلم شرط است. این نظرگاه را شیخ، ابن عقیل و دیگران انتخاب کرده اند. ابن جنید می گوید: من به تأخیر انداختن دریافت قیمت را، بیش از سه روز، در بیع سلم، نمی پذیرم. مفهوم این دیدگاه ابن جنید این است که تأخیر دریافت قیمت جایز 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 دّین به دّین 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 می افزاید: این نظرگاه، مشهور و حتی اجماعی است. ظاهر سخنان ابن جنید، روا بودن تأخیر دریافت به مدّت سه روز است اما کسی به این نظریه عمل نکرده است.

علامه در «تذکره» می گوید:

«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 تمامی علمای ما، تسلّم باطل است.»^۲

۱. ر. ک: الجوامع الفقهیه، ص ۵۸۹.

۲. جواهر، ج ۲۴، ص ۲۸۹.

« از امام صادق علیه السلام دربارهٔ 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 سرمایه‌اش را [از فروشنده] بگیرد و یا او را مهلت دهد. ^۱ »

این روایت، همانند روایت پیشین، بر مدعا دلالت دارد و حتی روشن‌تر 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 تحویل کالای فروخته شده امکان پذیر نباشد، موجب بازگرداندن قیمت پرداخت شده گردد.

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

« سلم در حیوان جایز است، مشروط بر اینکه حیوانی را که می‌خواهی پیش خرید کنی نام ببری و ویژگی آن را بیان کنی. بنابراین، اگر آن را دریافت کردی [که از آن توست] و اگر دریافت نکردی حق داری که پولت را پس بگیری. ^۲ »

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

حتی بعید نیست که گفته شود: در لغت نیز از بیع سلم و یا سلف، همین معنای دهن تبادر می‌کند. از این رو، آنان گفته‌اند: انشای این بیع ممکن است با ایجاب خریدار صورت گیرد، بدین ترتیب که او بگوید: «أسلمتک و یا أسلفتک...». این دراهم [= پول] را در برابر کالایی به تو دادم که پس از فلان مدت آن را به من تحویل

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 سفارش ساخت

دهی . فروشنده هم بگوید : قبول کردم .

زیرا معنای سخن خریدار که می گوید : «أسلمتک هذا المال فی هذا الشیء .»
جز این نیست که وی این مال را به فروشنده تحویل دهد . چنان که معنای این سخن
او : «أسلفتک هذا المال فی کذا» . 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 اسلاف که از سلم و سلف گرفته شده ، تنها در صورتی که
تسلیم 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 ، می توان به قوت سخن صاحب جواهر پی برد که
می گوید :

« بلکه گفته می شود : تسلیم قیمت در تحقق حقیقت سلم شرط است و بدون آن ، حقیقت
سلم منتفی خواهد بود .^۱ »

آنچه در نهایت ، از لغت ، عرف و روایات یاد شده استفاده می شود ، 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 می کند که عنوان سلم بر موردی که قیمت و کالای فروخته شده هر دو نسیه
باشند ، صدق نکند ، اما این را نمی رساند که حقیقت بیع و یا عقد لازم منحصر به
«سلم» باشد . بلکه همان گونه که بیع نقد و بیع نسیه ، بیع محسوب می شود ؛ در حالی
که عنوان سلم بر این دو صدق نمی کند و این عدم صدق ، موجب باطل شدن این دو و

۱ . جواهر ، ج ۲۴ ، ص ۲۸۹ .

خارج شدن آنها از اطلاق بیع و عموم عقود نمی شود ، همچنین در مسأله مورد بحث ما نیز قضیه از همین قرار است . از این رو ، بیعی که در آن هر دو عوض ، نسیه و مدت دار باشند و از مصادیق سلم و سلف محسوب نشوند ، اطلاق «أحل الله البيع» و عموم «اوفوا 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 ذمه فروشنده است ، اگر تمام و یا مقداری از قیمت نیز کلی و بر ذمه خریدار باشد ، این داد و ستد از قبیل داد و ستد ذین به ذین می شود که درباره اش نهی وارد شده است .

به عنوان نمونه ، به طریق صحیح از طلحة بن زید ، که کتاب او مورد اعتماد است ، از امام صادق علیه السلام نقل شده که از قول پیامبر خدا صلی الله علیه و آله فرمود: «ذین در مقابل ذین فروخته نمی شود.»^۱

این حدیث ، آشکارا بر باطل بودن بیع ذین به ذین دلالت دارد . پیش تر دانستید که علامه رحمته الله 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 ذین به ذین ، انکار ناپذیر است ، لکن روایت مزبور در یک مورد دیگر هم ظهور دارد و آن عبارت است از تبادل بیع گونه ذین به ذین ، بدون اینکه خرید و فروش مد نظر باشد؛ نظیر اینکه زید بر ذمه کسی مقداری گندم دارد و عمرو هم مقداری پول از فردی دیگر طلبکار است . زید آن گندم را در برابر این پول می فروشد و این ، بیع ذین به ذین است

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

استصناع یا فرار دادن سفارش ساخت

و نهی ای که از سوی پیامبر خدا ﷺ وارد شده ، آن را در برمی 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 بدهکار نیست ، بلکه پس از خرید و فروش ، هر کدام به دیگری بدهکار می شود . بنابراین ، از مصادیق بیع دَینِ به دَینِ به شمار نمی رود .

همین نکته ای که ما گفتیم ، دلیل فتوای شیخ الطائفه است در باب « بیع الدَّیون والأرزاق » از کتاب « نهایة » . او می گوید :

« اشکالی ندارد اگر آدمی طلب خود از دیگری را به صورت نقد بفروشد ، ولی اگر آن را به صورت نسیه بفروشد کراهت دارد و فروش دَینِ به عوض دَینِ دیگر جایز نیست .^۱ »

چنان که می بینید ، به رغم اینکه شیخ فروش دَینِ به دَینِ دیگری همانند آن را روا نمی داند ، به جواز فروش دَینِ به صورت نسیه فتوا می دهد . این فتوا به روشنی نشان می دهد که او فروش دین را به صورت نسیه ، مصداق بیع دَینِ به دَینِ نمی داند . دلیل این فتوای شیخ ، همان چیزی است که ما پیش تر آن را بیان کردیم و آن اینکه عرف از « بیع دَینِ به دَینِ » 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 دَینِ بر عهده شخص بیاید ، در بر نمی 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 دَینِ به دَینِ را نقض نمی کند .^۲ » ، از

۱ . نهایة ، کتاب الدیون والکفالات ، ص ۳۱۰ .

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

درک نکردن معنای سخن شیخ ناشی می شود .

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 دعائم الاسلام عن رسول الله ﷺ ، أنه نهى عن بيع الكالی بالكالی ، وهو بيع الدین بالدین ، وذلك مثل أن یسلم الرجل فی الطعام إلى وقت معلوم ، فإذا حضر الوقت لم یجد الذى علیه الطعام طعاماً ، فیشتریه من الذى هو له علیه بدین إلى أجل آخر ، فهذا دین انقلب إلى دین آخر . . .^۱

در «مستدرک الوسائل» از دعائم الاسلام ، نقل شده : پیامبر ﷺ از بیع کالی به کالی ؛ یعنی : دَین به دَین ، نهی کرده است . بیع کالی به کالی ، نظیر اینکه شخصی مقداری گندم را پیش خرید می کند که در وقت معینی آن را به او تحویل دهند . اما شخص فروشنده نمی تواند 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 می خرد که با این کار ، یک دَین تبدیل به دین دیگر شده است .

ظاهر ، آن است که تفسیر این بیع ، به بیع دَین به دَین 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 زبیدی 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 دَین به دَین 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 .

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

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

ممنوعیت بیع کالی به کالی هر چند از طُرُق ما ثابت نشده، بلکه از طرق عامه ثابت شده است، لکن اصحاب بدان عمل کرده‌اند.^۱

آنچه از سخنان علما 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 بدهکارش مراقبت می‌کند ، تا بدهی‌اش 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 دَین (بدهی) اطلاق می‌شود؛ زیرا خود دَین است که مراقبت می‌شود ، تا باز پس گرفته شود . فقیه ادیب و سعید ، شهید ثانی در کتاب «مسالك» ، در آغاز بحث نقد و نسیه ، کالی را به دَین 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 مدّت دار باشد ، آن را نسیه می‌گویند .

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

۱ . الجواهر ، کتاب التّجاره ، فصل السلف ، مسألة اول از مقصد سوّم ، ج ۲۴ ، ص ۲۹۵ .

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 مُلْزَم 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، مدنظر دارد و داد و ستدهای جدید در زمان ما را، که مالا مال از فن آوریها و قراردادهای نوین است، در بر نمی‌گیرد.

پاسخ: اولاً: عقلاً 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 عقلاً، قرارداد را به لحاظ اینکه عقد و قراردادی جدی میان طرفین (فروشنده و خریدار) است، موضوعی کامل برای وجوب وفا به 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، نظیر قرارداد بیمه، هیچ تفاوتی وجود ندارد و عمل کردن به تمامی این قراردادها 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: «اوفوا بالعقود»، از سوی شارع حکیم فروفرستاده

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 صحیحۃ معاویه بن عمار که آن را ثقة الاسلام کلینی در «کافی» ، شیخ
 صدوق در «من لا یحضره الفقیه» و شیخ الطائفه در «تهذیب» ، روایت کرده‌اند ، آمده
 است:

« به امام صادق علیه السلام گفتم: مردی به نزد من می‌آید و تقاضای ابریشم می‌کند در حالی که نزد من
 هم ابریشمی وجود ندارد. دربارهٔ 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 وی معامله‌ای را پیدا کند که برایش سودمندتر از معامله با تو باشد، آیا می‌تواند به
 دنبال آن برود و تو را 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؟ گفتم: آری. امام علیه السلام فرمود: اشکالی ندارد. ^۱»

در صحیحۃ عبدالرحمن 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
 دربارهٔ 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؟ گفتم: آری

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

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

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 این جا، نه فروختن پیش از ملکیت در کار است و نه مانعی دیگر. از این رو، عموم آیه: «أوفوا 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 وعده خرید و فروش تحقق یابد؛ آن هم وعده‌ای غیر قطعی و بدون اطمینان؛ بدین ترتیب که سفارش دهنده بگوید: این کالا و یا کالاها را برایم بساز، و شاید من آنها را از تو خریداری کنم، و یا سازنده بگوید: من این کالاها را 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 توافق عمل کنند و این وعده دادن، هیچ‌گونه الزامی 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.

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 ، مصداق 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 ، قایل به این شرط هستند . ابو حنیفه و شافعی و احمد نیز همین دیدگاه را برگزیده‌اند و مالک قایل به تفصیل شده است .

برای اثبات این مدعا که قسم اول از مصادیق بیع سلف و سلم است ، می‌توان به سخن پیامبر خدا ﷺ استدلال کرد که فرمود: « لا یباع الدّین بالدّین؛ دین به دین 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: «أحلّ الله البیع» آن را در بر می‌گیرد .

ظاهر سخن پیامبر ﷺ: « لا یباع الدّین بالدّین » 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 .

