

عقد استصناع و بررسی ماهیت آن

فاطمه اعتمادیان*

چکیده:

استصناع به معنای طلب ساخت یا تولید می‌باشد و در این قرارداد، صنعت‌گر متعهد به تهیه مواد اولیه و ساخت مصنوع مطابق اوصاف و ویژگی‌های موردنظر سفارش‌دهنده می‌گردد. آنچه به فقه امامیه متناسب می‌گردد عدم صحت چنین قراردادی است. در مقابل عده‌ای قائل به صحت این قرارداد بوده و آن را به عقود نظیر بیع سلف، جعاله یا اجاره ملحق نموده‌اند. اما به نظر می‌رسد که استصناع، عقدی صحیح و مستقل بوده و در زمره هیچ‌یک از عقود معین به شمار نمی‌آید. این مقاله، عهده‌دار بررسی این مسأله براساس قوانین اسلامی و موازین فقه امامیه می‌باشد.

کلید واژگان: استصناع، بیع سلف، اجاره، جعاله، اصل آزادی قراردادها.

مقدمه:

سفارش ساخت کالا از دیرباز مورد تعامل بوده است و در جامعه امروز نیز به وفور تمایل مردم در معاملاتشان به این عقد مشاهده می‌گردد. هم‌اکنون با پیشرفت جوامع بشری و ورود تکنولوژی به زندگی انسان‌ها نیازهای جامعه نیز متفاوت گشته و سفارش‌های انسان‌ها

* . کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی.

از ساخت اشیای ساده‌ی ابتدایی به ساخت هواپیما، فرودگاه، سد، بیمارستان و پروژه‌های عظیم صنعتی و فن‌آوری‌های نوین همچون فضاپیما و مانند آن تغییر پیدا کرده و موضوع قرارداد استصناع توسعه یافته است. از این رو، در مکاتب مختلف حقوقی سعی شده است برای آن محملی پیدا شود. اگر استصناع در چارچوب عقدهای متعارف بگنجد، طبیعی است که احکام همان عقود بر این عقد نیز بار می‌شود و اگر عقد مستقلی شمرده شود، چارچوب‌هایی که عقلاً برای آن عقد در نظر می‌گیرند و بدان عمل می‌کنند، مادامی که با حکمی از احکام اسلام مخالفتی نداشته باشند، به طور کامل مورد پذیرش است.

سعی این مقاله بر آن است که فرضیه مستقل بودن عقد استصناع را ثابت نماید تا آن را از قید و بند قواعد اختصاصی باب بیع و اجاره رها کرده و صرفاً قواعد عمومی باب معاملات در آن جاری گردد و با توجه به این که تحقیق در حوزه علوم اسلامی قرار دارد، روش تحقیق، توصیفی تحلیلی است.

۱- بررسی عقد استصناع از دیدگاه فقیهان و دلایل مشروعیت آن

«استصناع» در لغت، از ریشه صنع و مصدر باب استفعال در ثلاثی مزید و به معنای طلب ساخت یا تولید است. و در اصطلاح، به معنای قراردادی است که صنعتگر متعهد به تهیه مواد اولیه و ساخت مصنوع مطابق اوصاف و ویژگی‌های مذکور در قرارداد و تحویل آن در موعد مقرر می‌گردد و مستصنع نیز متعهد به پرداخت مبلغ توافق شده در قرارداد می‌باشد. اما سفارش ساخت کالا و احداث پروژه دارای صور مختلفی است که از دید عرف متفاوتند. این صور عبارتند از:

الف- سفارش ساخت تعدادی کالای معین. ب- سفارش ساخت تعدادی کالای معین با ویژگی‌هایی خاص. ج- سفارش احداث طرح یا پروژه‌ای با ویژگی‌هایی خاص. د- سفارش ساخت و تکمیل کالا یا طرح نیمه تمام. ه- سفارش ساخت برای انجام معامله.^۱

در بین فقها و علمای شیعه در دوره‌های گذشته اندکی از افراد به چشم می‌خورند که در مورد استصناع آن هم به صورت مختصر اظهار نظر نموده‌اند و سایر فقیهان در این باب

سکوت اختیار نموده و متعرض این مسئله با عنوان استصناع نشده‌اند.

ظاهر سخن شیخ طوسی در کتاب الخلاف^۲ بطلان این عقد است اما عده‌ای بر این عقیده‌اند که این امکان وجود دارد که مقصود ایشان تنها نفی لزوم از قرارداد استصناع بوده است، نه باطل دانستن اصل آن و این عده عقد استصناع را صحیح دانسته و معتقدند این عقد، عقدی جایز می‌باشد که هرگاه طرفین آن بخواهند، می‌توانند آن را فسخ نمایند.^۳ با توجه به بررسی‌های انجام‌شده روی نظرات و آرای فقهای اهل سنت به نظر می‌رسد که اکثر مذاهب قائل به صحت عقد استصناع می‌باشند و آن را پذیرفته‌اند اما در چگونگی صحت آن اختلاف نظرهایی دارند.

مذهب حنفی، استصناع را عقدی مستقل می‌داند^۴ و استحسان و عرف را به عنوان ادله‌ای برای صحت آن بیان نموده‌اند.^۵

در نظر حنبلی‌ها استصناع معامله مشروعی نیست؛ زیرا در بیع صحیح، شرط است که فروشنده بتواند کالا را در زمان معین تحویل دهد و کالایی را که نتوان 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.^۶ مالکی‌ها و شافعی‌ها نیز این عقد را ملحق به بیع سلم داشته‌اند و تمام شروط سلم را در آن معتبر می‌دانند.^۷

امروزه که تمایل انسان‌ها به عقد استصناع در معاملاتشان بخصوص در کشور ما که اکثریت جمعیت آن شیعه هستند، به وفور مشاهده می‌گردد، باید مشروعیت این عقد ثابت شود تا مشخص گردد که این معاملات محکوم به بطلان نیستند.

در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که فقها برای اثبات برخی موارد از جمله عقود به آن‌ها استناد کرده و صحت عقود را با توجه به آن آیات استدلال نموده‌اند. از جمله آیاتی که می‌توان برای اثبات صحت عقد استصناع استفاده نمود، آیه (۱) سوره مائده می‌باشد که می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

منظور از عقود در این آیه، هم عهدهای بندگان با خداوند متعال و هم عهدهای بندگان با یکدیگر است. زیرا لفظ «العقود» عام می‌باشد و «ال» جنس بر سر آن آمده است^۸ هر

چند برخی آن را «ال» عهد گرفته و این واژه را بر عقود متداول در شریعت^۹ یا عقودی همچون بیع، نکاح و ... که در زمان نزول این آیه در بین مردم متداول بوده است^{۱۰} حمل کرده‌اند.

از نظر نگارنده، «اوفوا بالعقود» هم شامل عقود متداول در زمان شارع می‌شود و هم شامل عقود جدیدالتأسیس؛ به شرط دارا بودن شرایط و اوصاف اصلی عقد و مطابقت با عرف. و غالب فقها مقتضای این آیه را هر معامله عقلایی و هر تجارت مبتنی بر تراضی می‌دانند. به این شرط که دلیل بر فساد آن نباشد و از نظر ایشان، این آیه و آیات مانند آن دربردارنده‌ی يك حكم کلی هستند و اختصاص به عقود معین ندارند.^{۱۱}

حضرت امام خمینی (ره) می‌فرماید: «بدون تردید این آیه کلیه‌ی قراردادهای رایج در بین مردم را که عرفاً به آن‌ها عقد گفته می‌شود، دربرمی‌گیرد و عدم وجوب وفا به این قراردادهای مخالف عمومات ادله است. بنابراین هر نوع توافقی که عرفاً عقد نامیده می‌شود و مخالفتی با موازین شرعی ندارد، مشمول عموم و اطلاق این آیه خواهد بود».^{۱۲}

پس می‌توان گفت مواردی که مشمول عمومات و اطلاقات ادله‌ای می‌باشد که شارع آن‌ها را به صورت کلی بیان کرده و در مورد آن‌ها نظر خاصی نداشته است مثل آیه‌ی «اوفوا بالعقود»، هر عقد عرفی را دربر گرفته و شامل معاملات جدید نیز می‌شود. همه‌ی عقود جدید از جمله استصناع، سرقفلی و... که از نظر عقلاً دارای منفعت می‌باشد و مفسده‌ای که شارع مقدس از آن نهی نموده باشد، در آن نباشد، مشمول این آیه بوده و صحیح است.

آیه (۲۹) سوره نساء می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ». در این آیه، شارع مقدس طریقه‌ی تحصیل اموال دیگران را منحصر در تجارت و طرقي نموده است که بر رضایت طرفین معامله مبتنی باشد و مالک در مقابل از دست دادن مال خود، عوضی را به دست آورد. با توجه به این آیه که به عنوان مرجعی عام مورد استفاده‌ی فقها قرار گرفته و مبنای بسیاری از قواعد مربوط به اموال و معاملات در

حقوق اسلام می‌باشد می‌توان به صحت و مشروعیت عقد استصناع در صورت دارا بودن شرایط اصلی عقود و رضایت طرفین پی برد.

روایت نبوی معروفی که به صورت قاعده فقهی «المؤمنون عند شروطهم» درآمده و مورد استفاده بسیاری از فقها و حقوق دانان قرار گرفته است، دلیل سوم مشروعیت و صحت عقد استصناع است.

در روایت عبدالله بن سنان عن ابی عبدالله (ع) آمده است: «المسلمون عند شروطهم، الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز».^{۱۳}

در این روایت مشاهده می‌گردد که شروطی را که مخالف با کتاب خدا می‌باشد، جایز ندانسته و نفوذ قاعده را در شروطی که موافق با کتاب خداست، اعلام می‌دارد.^{۱۴} پس هر نوع شرطی که در طی عقدی واقع گردد بر مسلمانان واجب‌الوفا است مگر آنکه مخالف کتاب خدا باشد.

عرف و عادت نخستین مظهر حقوق یک جامعه و درون‌مایه و جوهره کلیه نظام‌های حقوقی دنیا است. اهل سنت برای عرف ویژگی‌هایی را قائل هستند. یکی از این ویژگی‌ها از نظر ایشان این است که عرف مقید و مخصّص نص است که البته این ویژگی مربوط به عرف لفظی است.^{۱۵} اما درباره عرف عملی، برخی آن را جایز نمی‌دانند.^{۱۶} ولی پیروان مکتب عرف بر این باورند که هرگاه عرف اخص از نص باشد، جمع این دو، تخصیص یا نص را می‌طلبد.^{۱۷} در این صورت هم نیاز مردم که در عرف منعکس شده، مراعات گردیده و عسر و حرجی هم پدید نخواهد آمد و هم نص در باقی‌مانده دایره شمول خود به اجرا درآمده است. در این مورد می‌توان به عقد استصناع اشاره کرد. زیرا از یک‌طرف در حدیث نبوی آمده است که پیامبر از بیع آنچه موجود نیست، نهی فرموده است جز در مورد سلم که آن را اجازه داده است. ازسوی دیگر «استصناع» پدیده‌ای است مورد ضرورت و نیاز واقعی مردم که از نظر روایت مذکور فاقد اعتبار شرعی است. پس اگر برای این پدیده چاره‌ای اندیشیده نگردد، عدم اعتبار شرعی استصناع که روایت مذکور به آن حکم می‌کند، موجب عسر و

حرج افراد جامعه می‌گردد. لذا در توجیه اباحه استصناع عرف را مخصص نص قرار داده و گفته‌اند، «بیع سلم» به وسیله دلیل لفظی و «استصناع» به جهت ضرورت وجودی خود از حکم کلی موجود در حدیث نبوی مستثنا گردیده و اعتبار حکم موجود در روایت در غیر دو مورد «سلم» و «استصناع» می‌باشد.

با توجه به پیشرفت جامعه و نیازهای مردم که روز به روز جدیدتر می‌شوند، نسبت به عقد استصناع که از گذشته وجود داشته است، بیشتر احساس نیاز می‌شود و از طرف دیگر، این عقود در جوامع بشری بسیار کاربرد داشته و سیره‌ی عقلا آن را تأیید می‌نماید و با توجه به نظر اکثر حقوق دانان و فقها که معتقدند جواز و لزوم عقود، ناشی از بنای عقلا و از احکام امضایی است نه تأسیسی^{۱۸}، می‌توان به مشروعیت و صحت عقد استصناع پی برد. و اما اصل آزادی قراردادهای، دلیل دیگری بر مشروعیت عقد استصناع می‌باشد. ماده‌ی ۱۰ ق.م.^{۱۹} بیانگر این اصل می‌باشد. این ماده تمام انواع قراردادهای خصوصی را با رعایت شرط مندرج در آن ماده دربرمی‌گیرد بدون آن که از این گونه قراردادهای و شرایط و عناوین آن‌ها به‌طور خاصی در قانون مدنی ذکری به میان آمده باشد.

۲ - بررسی ماهیت عقد استصناع

۱ - ۲ - بررسی عقد بیع و مقایسه آن با عقد استصناع:

در معنای اصطلاحی بیع گفته شده است: «البيع هو انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي».^{۲۰} برای کالایی که سفارش ساخت آن داده می‌شود سه صورت را می‌توان تصور کرد:^{۲۱}

الف - کالا ساخته شده و آماده در انبار یا مغازه موجود است و سفارش دهنده از سازنده تعدادی از آن کالاها را درخواست می‌نماید، یعنی پس از رؤیت آن کالا را در مقابل ثمن معین و معلوم خریداری می‌کند.

این نوع معامله همان بیعی است که هر روز در جامعه انجام می‌گیرد. اگر دقت کنیم متوجه می‌شویم که اصلاً سفارش ساختی صورت نگرفته است بلکه مشتری کالای موجود

نزد فروشنده را خریداری کرده است. لذا این قرارداد که بیع یا از مصادیق بیع می‌باشد باید تمام شرایطی که در عقد بیع وجود دارد از جمله صیغه عقد، متعاقدين و عوضین را دارا باشد و تمام احکام بیع در آن جریان داشته باشد. در این معامله باید قیمت کالا، زمان تحویل آن و مقدارش و همچنین تمام ویژگی‌های آن مشخص باشد تا آثار بیع بر آن مترتب گردد. در این نوع قرارداد جای هیچ ابهام و تردیدی وجود ندارد که بیع است و منظور از استصناع این نوع قرارداد نمی‌باشد.

ب - گاهی اتفاق می‌افتد که یک کالا به‌طور کامل ساخته نشده و نیمه‌کاره است مثل يك كشتی یا اتومبیل نیمه‌ساخته و سفارش‌دهنده نیز درخواست تکمیل سفارش ساخت را می‌دهد. در واقع کالای فروشی عبارت است از همین کالای موجود، مشروط بر این‌که تکمیل شود و این نوع معاملات را می‌توان از اقسام بیع شخصی به حساب آورد.

البته عده‌ای در پاسخ به این تحلیل که استصناع می‌تواند يك بیع حال و از اقسام بیع شخصی باشد، گفته‌اند که این حالت برخلاف ارتکاز عرفی در مورد استصناع است. زیرا مستلزم آن است که اگر سازنده، باقیمانده کالا را سازد و آن را تکمیل نکند، سفارش‌دهنده مالك همان قسمت ناقص خواهد بود و فقط نهایتاً خيار فسخ دارد. درحالی‌که چنین نیست بلکه قیمت ساخته‌نشده نیز قید مبیع است و غرض سفارش‌دهنده تمام مصنوع نهایی بوده است، نه بخشی از آن. از این رو، مصنوع ناتمام اصلاً ملك سفارش‌دهنده نشده تا نیاز به فسخ داشته باشد. همچنین حالت یادشده مستلزم آن است که تلف بدون تعدی و تفریط کالا قبل از اتمام ساخت آن، از مال سفارش‌دهنده باشد نه سازنده. زیرا سازنده همان اجیر است و عین در دست او امانت است. این استلزام نیز خلاف ارتکاز عرفی است. زیرا تا سازنده کالای مطلوب سفارش‌دهنده را نساخته باشد، هیچ حقی بر او ندارد، همچنان‌که هرگاه بطلان این بیع معلوم گردد، سفارش‌دهنده نیز نسبت به کار سازنده مسئولیت نخواهد داشت. هرچند از آن رو که سازنده، این کالا را طبق ذوق و سلیقه سفارش‌دهنده ساخته بود، از فروش نرفتن کالا و ماندن آن نزد خود زیان بیند، مگر آن‌که برای اثبات ضمان

سفارش‌دهنده نسبت به ضرری که در نتیجه درخواست و قرارداد او متوجه سازنده شده است، به قاعده غرر یا ضمان اضرار به غیر و امثال آن‌ها تمسک شود که این خالی از اشکال نیست.^{۲۲}

ج - صورت سوم آن است که کالایی هنوز ساخته نشده و سفارش‌دهنده، سفارش ساخت کالای موردنظر خود را با اوصاف و ویژگی‌های مشخص به سازنده می‌دهد تا وی کالا را ساخته و برای تحویل به وی آماده نماید. این صورت که کالای مورد سفارش در آن امری کلی می‌باشد، مصداق بیع سلم است که برداشت برخی از علمای اهل سنت نیز همین است. لذا لازم است که بیع سلم و احکام و شروط آن در این‌جا مورد بررسی قرار گیرد تا مشخص گردد که آیا عقد استصناع از مصادیق بیع سلم می‌باشد یا خیر؟

۲-۲ - بررسی بیع سلف (سلم) و مقایسه آن با استصناع:

بیع سلف در اصطلاح خریدن یا فروختن متاع کلی فی‌الذمه است به ثمن حاضر یا در حکم حاضر است تا موعدی معین.^{۲۳} در بیع سلف تمام شروط انواع دیگر بیع از قبیل بلوغ، عقل و ... معتبر است. منتها، علاوه بر آن‌ها، شروط دیگری نیز وجود داشته که به این نوع اختصاص دارد و تمام فقها آن‌ها را معتبر می‌دانند.^{۲۴} این شروط عبارت‌اند از: الف - ذکر جنس و وصف مبیع. ب - قبض ثمن قبل از تفرق از مجلس عقد. ج - تعیین اندازه مبیع. د - معین کردن مدت و زمان تسلیم. ه - وجود مبیع هنگام فرارسیدن مدت.

درست است که بیع سلف شباهت‌هایی با عقد استصناع دارد از جمله این که عقد استصناع همانند بیع سلف 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. در این عقد همانند سلف باید جزئیات و مشخصات کالای موردنظر به طور کامل بیان شود تا خریدار نسبت به کالای خریداری‌شده علم داشته باشد و معامله، مجهول و مصداقی از بیع غرری نباشد. و در هر دو عقد کالای توصیف‌شده در ذمه‌ی فروشنده‌ی آن قرار می‌گیرد و فروشنده باید در موعد مقرر آن را تسلیم خریدار نماید.^{۲۵} اما این‌ها دلیل مناسبی برای ملحق کردن عقد استصناع به بیع سلف نمی‌باشد. زیرا تفاوت‌هایی بین این دو

عقد وجود دارد که نشان می‌دهد آن‌ها منفصل و کاملاً جدای از هم هستند. این تفاوت‌ها عبارتند از:

الف - مبیع در بیع سلف، دین است. یعنی کلی در ذمه می‌باشد که آن جنس مکیل و موزون و مذروع است. اما در استصناع، مبیع، عین است و این عقد بر عین واقع می‌شود و دلیل آن هم خیار رؤیتی است که مستصنع دارد.^{۲۶} همچنین وقتی سفارش‌دهنده از سازنده می‌خواهد کالایی را برای او بسازد، کالا را چنان به صورت جزئی و دقیق توصیف می‌کند و ویژگی‌ها و ابعاد آن را بیان می‌کند که گویی يك شیء موجود و ساخته شده را توصیف می‌نماید.

ب - در بیع سلف یکی از شروط اصلی و شرط صحت آن قبض رأس المال یا همان ثمن در مجلس عقد است. لیکن در عقد استصناع چنین شرطی وجود ندارد و در عرف چنین است که مقداری از ثمن پرداخت می‌شود و مابقی در پایان کار ساخت و تسلیم کالا پرداخت می‌گردد.^{۲۷}

ج - بیع سلف در برخی موارد و کالاها جایز نیست. مثلاً بیع سلف در اجناسی که منضبط نبوده و دارای قیمت‌های متفاوت و متنوعی هستند، صحیح نمی‌باشد مانند زمین‌های کشاورزی، جواهرات، در و مروارید. در حالی که استصناع در تمام اشیا و اجناسی که مردم به آن‌ها تعامل دارند، جایز است.^{۲۸}

با وجود تفاوت‌های موجود بین عقد استصناع و بیع سلف، برخی از فقهای مذاهب اربعه براین باورند که عقد استصناع همان بیع سلف است و هیچ تفاوتی بین این دو عقد وجود ندارد.^{۲۹} اما به نظر ما با توجه به این تفاوت‌ها معلوم می‌گردد که نمی‌توان قرارداد استصناع را تحت عنوان بیع سلف تحلیل و ماهیت آن را تبیین نمود.

۳ - ۲ - بررسی عقد اجاره و مقایسه آن با استصناع:

اجاره در حقیقت لغوی خود به معنای جزای بر عمل و اجرت و پاداش است. و در معنای اصطلاحی، عبارت است از تمليك عمل یا منفعت در برابر عوض.^{۳۰}

اما بین عقد اجاره و عقد استصناع تفاوت‌هایی وجود دارد که عبارت است از:

الف - اثر اجاره تملیک منفعت است در حالی که اثر عقد استصناع تملیک عین است.

ب - در عقد اجاره مواد اولیه برای انجام کار از سوی مستأجر تأمین می‌شود نه اجیر، در حالی که در عقد استصناع مواد اولیه برای ساخت کالای مورد سفارش از سوی سازنده است و مستصنع سفارش ساخت کالایی را بدون تحویل دادن مواد اولیه به او می‌دهد.

با وجود این تفاوت‌ها برخی قرارداد استصناع را از مصادیق عقد اجاره می‌دانند. براساس این دیدگاه، مستصنع، سازنده را برای ساختن کالایی که بر آن توافق کرده‌اند، اجیر می‌کند و به مقتضای قرارداد، مستصنع، مالک عمل (کار) سازنده شده و به تبع آن مالک حاصل کار (کالای ساخته‌شده) نیز خواهد بود.^{۳۱}

امتیاز این دیدگاه نسبت به دیدگاه گذشته (نظریه بیع بودن عقد استصناع) در این است که عوض استصناع (اجرت) می‌تواند به صورت نقد، نسبه و یا ترکیبی از آن دو باشد که با عملکرد عرف و فقه شیعه و اهل سنت سازگار است. لذا مشکلات بیع سلف در آن راه ندارد. امتیاز دیگری که می‌توان در نظر گرفت این که به مقتضای عقد اجاره، در صورت بطلان عقد، کالای ساخته‌شده از آن سفارش‌دهنده خواهد بود و در مقابل ضامن پرداخت اجرت‌المثل است که به‌طور معمول برابر با قیمت کالای ساخته‌شده و عوض استصناع است.^{۳۲}

به نظر می‌رسد نظریه‌ی اجاره بودن قرارداد استصناع گرچه بر نوع سوم استصناع که در ابتدای بحث بیان شد (آن‌جا که سازنده ساخت و احداث پروژه‌ای را در مقابل مبلغ معین متعهد می‌شود)، قابل انطباق است کما این که می‌توان نوع دوم را با قدری مسامحه به‌عنوان اجیرکردن سازنده برای ساخت کالای مشخص قلمداد کرد. اما به دید عرف، موارد دیگر، مصداق اجاره نمی‌باشند و به ارتکاز عرف احکام اجاره را ندارند.^{۳۳} پس نمی‌توان عقد استصناع را ملحق به عقد اجاره نمود.

۴ - ۲ - بررسی جعاله و مقایسه آن با استصناع:

جعاله در لغت برای مالی که به عنوان مزد برای کاری قرار می‌دهند، اطلاق می‌شود. جعاله از نظر لغوی مرادف واژه «جُعِلَ» است.^{۳۴} و ماده‌ی ۵۶۱ ق.م. نیز در تعریف این عقد می‌گوید: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی،

اعم از این که طرف معین باشد یا غیرمعین».

طبق ماده‌ی ۵۶۲ ق.م. ملتزم را جاعل، طرف مقابل را عامل و اجرت را جعل می‌گویند. و جعاله به اعتبار چگونگی آن بر دو قسم جعاله خاص و جعاله عام است.

برخی بر این عقیده‌اند که استصناع منطبق بر عقد جعاله است و آن هم فقط در وجهی قابل تصور است که سفارش ساخت به صورت جعاله خاص مطرح گردد. زیرا از آن جا که در عقد استصناع تا سازنده مشخص نباشد قراردادی منعقد نمی‌گردد، نمی‌توان سفارش ساخت را به صورت جعاله عام مطرح کرد. زیرا مخاطب معین نیست.

اما اشکالاتی وارد است از جمله این که؛ جعاله عقدی تملیکی نیست تا به واسطه آن بتوان کالای ساخته شده را به ملکیت سفارش دهنده درآورد و سفارش دهنده می‌تواند از منفعت عمل و کار عامل استفاده کند. لذا ملکیت سفارش دهنده بر کالای ساخته شده نیاز به دلیل دیگری دارد.

اشکال دیگر این است که جعاله عقدی جایز است گرچه عامل ممکن است قبول کند که کالای مورد درخواست سفارش دهنده را بسازد اما هر وقت که بخواهد می‌تواند کار ساخت را رها کرده و انجام ندهد یا کالای ساخته شده را به مستصنع تحویل ندهد.

در عقد جعاله علاوه بر اهلیت یا دارابودن کمال، بلوغ و عقل و رشد و عدم محجوریت برای جاعل شرط می باشد، زیرا او قصد تصرف در اموال و پرداخت اجرت عمل درخواست شده را دارد اما این شروط برای عامل، مطرح نشده است. لیکن صفت کمال برای متعاقدين در عقد استصناع مانند هر عقد دیگری شرط است.

در عقد جعاله، معین نمودن نوع عمل و مدت زمانی که کار باید انجام شود و میزان اجرت و علم به آن ها شرط نیست و شناخت اجمالی به آن ها کافی است اما در استصناع به صورت تفصیلی باید نوع عمل، مدت زمان انجام آن و تمام خصوصیات و ویژگی های خاصی که مورد مستصنع است و همچنین میزان مبلغی که صانع در مقابل آن کار انجام می‌دهد، مشخص گردد.

اشکال دیگری که می‌توان به آن اشاره نمود، این است که اگر سفارش دهنده مواد خام

و اولیه برای ساخت کالا مورد درخواست خود را به عامل بدهد تا آن را بسازد، مسلماً این عقد بیشتر به اجاره شباهت دارد تا عقد استصناع. زیرا در این عقد مواد اولیه ساخت کالا با خود صانع است نه مستصنع.

پس با وجود این همه تفاوت نمی‌توان به فرضیه جعاله‌بودن عقد استصناع نیز بها داد.

نتیجه:

با توجه به بررسی‌هایی که روی عقود چون بیع، سلم، اجاره و جعاله انجام گرفت، مشخص می‌گردد که نمی‌توان عقد استصناع را در زمره هیچ‌یک از این عقود معین به شمار آورد و حتی ترکیبی از این عقود نیز نمی‌باشد بلکه عقدی نامعین و مستقل است که صرفاً از قواعد عمومی باب معاملات پیروی می‌کند و مشمول ماده‌ی ۱۰ ق.م. و قاعده فقهی «أوفوا بالعقود» می‌گردد.

مطابق این قاعده چنانچه قراردادی میان دونفر بسته شود همان موجب می‌شود تا حکم به وجوب وفای به آن صادر گردد. پس این قاعده هر قراردادی را که دارای این کیفیت باشد دربرمی‌گیرد و چنانچه قراردادی خارج از این قاعده باشد باید دلیلی برای خروج آن وجود داشته باشد.

عقد نامعین استصناع دارای شرایط، احکام و آثار مختص به خود می‌باشد. رعایت شرایط عمومی صحت معاملات یعنی قصد و رضای طرفین، اهلیت آنان، موضوع معین که مورد معامله باشد و مشروعیت جهت معامله در آن الزامی است.

در این عقد، تهیه مواد اولیه و ساخت کالای مورد سفارش بر عهده صانع بوده و مصنوع باید معلوم باشد یعنی جنس، نوع، اندازه، اوصاف و ویژگی‌های آن باید کاملاً بیان شود و اجل و مدت برای تحویل کالا حتماً باید تعیین گردد. معلوم‌بودن ثمن نیز مانند معلوم بودن مصنوع بسیار حائز اهمیت است و طبق قرارداد باید به صانع تحویل گردد.

طبق اصل لزوم و ماده‌ی ۲۱۹ ق.م. این عقد لازم می‌باشد مگر این‌که به رضای طرفین، اقاله و یا به علت قانونی، فسخ گردد.

تعهد صانع به انجام‌دادن کار و ساخت کالا، تعهد به نتیجه است. یعنی منظور از قرارداد

استصناع، ایجاد نتیجه عمل مورد تعهد می‌باشد و طبق مواد ۲۲۱ و ۲۲۶ ق.م. متعهد به ایجاد نتیجه می‌باشد و چنانچه انجام ندهد و یا تأخیر در انجام آن بنماید مسئول پرداخت خسارت وارده به متعهدله می‌باشد مگر آنکه ثابت نماید که عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام آن مستند به حادثه بوده که نمی‌توان مربوط به او نمود یا این که در ضمن قرارداد به عدم مسئولیت او تصریح شده باشد.

مصنوع در عقد استصناع، کلی فی‌الذمه است. یعنی مورد معامله بر افراد عیدیه قابل انطباق است و منحصر در مصداق جزئی و شخصی نیست. یعنی برخلاف کلی در معین، مورد معامله در ظرف خارج وجود ندارد بلکه جای آن در ذمه فروشنده است.

در این عقد که عقدی عهدی می‌باشد، تحقق تمليك منوط است به تسلیم موضوع به وسیله صانع به مستصنع. یعنی ملکیت برای مستصنع به وسیله قبض حاصل می‌شود و قبل از این که مال به قبض او داده شود صانع خود مالك مصنوع است. پس چنانچه مال قبل از قبض تلف گردد نمی‌توان گفت که صانع ضامن است؛ به خصوص این که برخلاف اجاره تهیه مواد اولیه و خام برای ساختن مصنوع به عهده صانع است. اما صانع حتماً متضمن تعهد خویش می‌باشد. یعنی چنانچه کالای مصنوع به هر دلیلی تلف گردد یا معیوب شود، او موظف است که طبق تعهد خود کالا را ساخته و آماده تحویل نماید. اما اگر کالا بعد از قبض توسط مستصنع تلف گردد خود مستصنع مسئول تلف می‌باشد. زیرا او در حفظ و نگهداری کالا کوتاهی نموده است.

یکی از فقه‌های اهل سنت می‌گوید: «لا یتعلق حق المستصنع فی شیء المصنوع الا بعرضه علیه من قبل الصانع و علی هذا فإن للصانع أن یبیع المصنوع من غیر المستصنع قبل عرضه علیه»^{۳۵} یعنی قبل از این که صانع، مصنوع را به مستصنع بدهد، حق مستصنع به کالا تعلق نمی‌گیرد و کالا برای صانع است و او حق دارد آن را قبل از این که به قبض مستصنع بدهد به شخص دیگری بفروشد. از این جا نیز مشخص می‌گردد که وقتی صانع می‌تواند قبل از دادن مصنوع به قبض مستصنع، آن را بفروشد؛ پس اگر کالا تلف شد نیز او ضامن نیست، چون خودش مالك آن بوده است.

پی‌نوشت‌ها:

- ۱ - موسویان، سیدعباس، *اوراق بهادر استصناع مکمل بازار پول و سرمایه ایران*، مجله جستارهای اقتصادی، ش. ۸، صص. ۱۵ - ۱۴.
- ۲ - طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، *الخلاف*، ج. ۲، ص. ۹۳ و *المبسوط* همان، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج. ۲، ص. ۱۹۴.
- ۳ - طوسی، ابوجعفر محمدبن علی، *الوسیله الی نیل الفضیله*، ص. ۲۵۷؛ حلی، یحیی بن سعید، *الجامع الشرائع*، ص. ۲۵۹؛ مجموعه‌ای از اساتید فقه اسلامی، *الموسوعة الفقه الاسلامی المقارن* (موسوعه جمال عبدالناصر)، ج. ۷، ص. ۹۵.
- ۴ - هاشمی شاهرودی، سید محمود، *استصناع*، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره‌های ۱۹ و ۲۰، ص. ۱۶.
- ۵ - کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، *بدایع الصنایع*، ج. ۵، ص. ۲.
- ۶ - مغربی، عبدالله بن عبد الرحمن، *مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل*، ج. ۴، ص. ۵۳۹؛ ابن قدامه مقدسی، شمس‌الدین، *شرح الکبیر*، ج. ۳، ص. ۲۱۷؛ درذیر، احمد بن محمد، *الشرح الصغیر*، ج. ۳، ص. ۲۸۷.
- ۷ - زحیلی، وهبة، *الفقه الاسلامی و ادلته*، ص. ۳۶۴۵؛ مؤمن قمی، محمد، *کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة*، ص. ۲۰۰؛ درذیر، همان، ج. ۲، ص. ۹۲.
- ۸ - فاضل مقداد، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، ج. ۲، ص. ۷۱.
- ۹ - نراقی، ملا احمد، *عوائد الایام*، ص. ۴.
- ۱۰ - نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، ج. ۲۲، صص. ۲۱۲ - ۲۱۳.
- ۱۱ - خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، ج. ۲، ص. ۱۴۲؛ حسینی روحانی، سیدمحمد صادق، *المسائل المستحدثة*، ج. اول، ص. ۵۶؛ حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، *العناوین*، ج. ۲، ص. ۱۳.
- ۱۲ - امام خمینی، روح‌الله؛ *البیع*، صص. ۷۷ - ۶۷.
- ۱۳ - شیخ صدوق، *من لا یحضره الفقیه*، ج. ۳، کتاب المعیشة، ص. ۲۰۲؛ حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، ج. ۱۲، کتاب التجارة، ابواب خیار، ص. ۳۵۳.
- ۱۴ - موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *قواعد فقهیه*، ج. ۲، صص. ۳۵۵ - ۳۵۴.
- ۱۵ - الباجی، ابوولید، *احکام الفصول فی احکام الاصول*، ج. اول، ص. ۲۷۵.
- ۱۶ - سمعانی، ابی مظفر، *قواطع الادله فی الاصول*، ص. ۳۱۴.
- ۱۷ - ابن عابدین، محمد امین، *مجموعه الرسائل*، ج. ۲، صص. ۱۲۴ - ۱۲۵ - ۱۴۶ و از همین نویسنده، *حاشیة رد المحتار علی الدر المختار*، ج. ۳، صص. ۷۲ - ۷۳ - ۹۱ - ج. ۴، ص. ۱۴.
- ۱۸ - طاهری، حبیب‌ا...، *حقوق مدنی*، ج. ۲، صص. ۱۲ - ۱۳.
- ۱۹ - *ماده‌ی ۱۰ ق.م:* قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.
- ۲۰ - حلی، علامه حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، ج. اول، ص. ۴۶۲؛ ابن ادریس، ابوجعفر محمدبن منصور، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، ج. ۲، ص. ۲۴۰؛ طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، همان، ص. ۷۶.
- ۲۱ - مؤمن قمی، محمد، *استصناع (قرارداد سفارش ساخت)*، فصل‌نامه فقه اهل بیت، ش. ۱۱، ص. ۲۰۷.
- ۲۳۹.

- ۲۲ - هاشمی شاهرودی، همان، ص. ۱۲.
- ۲۳ - محقق حلی، *شرايع الاسلام*، ج. ۲، ص. ۵۵؛ نجفی، همان، ج. ۲۴، ص. ۲۶۷؛ قمی، میرزا ابوالقاسم، *جامع الشتات*، ج. ۲، ص. ۱۴۷.
- ۲۴ - حلی، همان، *تبصرة المتعلمين*، ص. ۱۰۳ و *تذكرة الفقهاء*، ج. ۲، صص. ۵۴۷ - ۵۴۰ - ۵۵۱ - ۵۵۴؛ طوسی، همان، ص. ۱۷۳؛ ابن ادریس، همان، ص. ۳۰۷؛ خویی، همان، *منهاج الصالحين*، ج. ۲، ص. ۶۰؛ محقق حلی، همان، ص. ۵۶؛ مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، ج. ۸، صص. ۳۴۶ - ۳۵۲؛ کرکی، محقق شیخ علی بن حسین، *جامع المقاصد*، ج. ۴، صص. ۲۰۶ - ۲۰۹ - ۲۲۴ - ۲۲۷ - ۲۳۰.
- ۲۵ - جعفریور، جمشید، *بیع استصناع*، فصل نامه متین، ش. ۳ - ۴، ص. ۱۷۳.
- ۲۶ - وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، *الموسوعة الفقهية*، شماره های ۳ و ۴، ص. ۱۷۳.
- ۲۷ - زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی وادلتہ*، ص. ۳۶۵۵.
- ۲۸ - همان.
- ۲۹ - همان، صص. ۳۶۴۵ - ۳۶۴۶؛ وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، همان، ش. ۷، ص. ۹۱.
- ۳۰ - طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، ج. ۲، ص. ۳۹۷.
- ۳۱ - هاشمی شاهرودی، همان، ص. ۱۷.
- ۳۲ - همان.
- ۳۳ - موسویان، همان، ص. ۲۵.
- ۳۴ - قارویی تبریزی، حسن؛ *النضیة*، ج. ۱۷، ص. ۲۲۹.
- ۳۵ - زحیلی، همان، ص. ۳۶۵۱.

منابع:

- ۱ - *قرن کریم*، ترجمه مهدی الهی قمشه‌ای، قم، چاپ الهادی، ۱۳۷۷ هـ.ش.
- ۲ - ابن ادریس، ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، مؤسسه نشر اسلامی، چ. ۲، قم، ۱۴۱۱ هـ.ق.
- ۳ - ابن بابویه قمی، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی (شیخ صدوق)، *من لا یحضره الفقیه*، دار الصعب، دارالتعارف، بیروت، ۱۹۸۱ م.
- ۴ - ابن عابدین، محمد امین، *حاشیه رد المختار علی الدر المختار*، ج. ۵، دارالفکر، چ. ۲، بیروت، ۱۳۹۹ هـ.ق/۱۹۷۹ م.
- ۵ - _____، *مجموعه الرسائل*، ج. اول و ۲، دارالفکر، بیروت، بی تا.
- ۶ - ابن قدامه مقدسی، شمس الدین بن محمد بن احمد، *الشرح الكبير در حاشیه المغنی*، ج. ۳ و ۴، دارالکتب العربی، بیروت، ۱۳۹۲ هـ.ق.
- ۷ - الباجی، ابوولید، *احکام الفصول فی احکام الاصول*، تحقیق: عبدالمجید ترکی، دارالغرب الاسلامی، چ. ۲، ۱۴۱۵ هـ.ق.
- ۸ - بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، ج. ۱۸، ۱۹، ۲۰، دارالکتب الاسلامیه، قم، بی تا.

- ۹ - جعفرپور، جمشید، *بیع/استصناع*، فصل نامه متین، ش. ۳ و ۴، سال اول، ۱۳۷۸ ه.ق.
- ۱۰ - حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، ج. ۱۲، ۱۳، ۲۱، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- ۱۱ - حسینی روحانی، سید محمد صادق، *المسائل المستحدثه*، ج. اول، قم: موسسه دارالکتاب، چ. ۴، ۱۴۱۴ ه.ق.
- ۱۲ - حسینی مراغی، میر عبد الفتاح؛ *العناوین الفقهیه*، ج. ۲، قم موسسه نشر اسلامی، چ. ۱، ۱۴۱۷ ه.ق.
- ۱۳ - حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحرام والحلال*، ج. ۲، انتشارات استقلال، چ. ۲، تهران، ۱۴۰۹ ه.ق.
- ۱۴ - حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر، *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*؛ مؤسسه طبع و نشر، چ. اول، تهران، ۱۴۱۱ ه.ق / ۱۹۹۰ م.
- ۱۵ - حلی، جمال الدین مقداد بن عبدالله سیوری، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، ج. ۲، تهران انتشارات مکتبه المرتضویه، چاپ حیدری، ۱۳۸۵ ه.ق.
- ۱۶ - حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر، *تذکره الفقهاء*، ج. اول، کتابفروشی مرتضویه، چاپ سنگی، تهران، بی تا.
- ۱۷ - حلی، یحیی بن سعید، *الجامع الشرایع*، انتشارات سیدالشهداء، مطبعة العلمیه، قم، ۱۴۰۵ ه.ق.
- ۱۸ - امام خمینی، روح الله، *البیع*، ج. اول، قم مؤسسه نشر اسلامی، چ. ۵، دوره ۵ جلدی، ۱۴۱۵ ه.ق.
- ۱۹ - خویی، ابوالقاسم؛ *منهاج الصالحین*، ج. ۲، مدینه العلم، چاپ بیست و هشتم، قم، ۱۴۱۰ ه.ق.
- ۲۰ - درذیر، احمد بن محمد، *شرح الصغیر*، ج. ۲ و ۳، مصر، ۱۳۹۳ ه.ق.
- ۲۱ - زحیلی، وهبة، *الفقه الاسلامی وادله*، ج. ۵، انتشارات دارالفکر، چ. ۴، دمشق، ۱۴۱۸ ه.ق.
- ۲۲ - سرخسی، شمس الدین، *المبسوط*، ج. ۱۲ و ۱۵، دارالمعرفه، بیروت، ۱۴۱۴ ه.ق. / ۱۹۹۳ م.
- ۲۳ - سمعانی، ابی مظفر؛ *قواطع الادله فی الاصول*؛ تحقیق: محمد حسن هیتو، مؤسسه الرساله، چ. اول، ۱۴۱۷ ه.ق.
- ۲۴ - طاهری، حبیب الله؛ *حقوق مدنی*، ج. ۲، دفتر انتشارات اسلامی، جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، بی تا.
- ۲۵ - طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، ج. ۲، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چ. ۲، بیروت، ۱۴۰۹ ه.ق.
- ۲۶ - طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، ج. ۲، مطبعة الحکمة، دارالمعارف الاسلامیه، بی تا.
- ۲۷ - _____، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج. ۲، مکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، قم، ۱۳۸۷ ه.ق.
- ۲۸ - طوسی، ابوجعفر محمد بن علی؛ *الوسيلة الى نيل الفضيلة*؛ کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ خیام، قم، ۱۴۰۸ ه.ق.
- ۲۹ - کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، *بدایع الصنائع فی ترتیب الشرایع*، ج. ۵، دارالکتب العلمیه، چ. ۲، بیروت، ۱۴۰۶ ه.ق.
- ۳۰ - محقق کرکی، شیخ علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج. ۴، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، بیروت، ۱۴۱۱ ه.ق / ۱۹۹۱ م.

- ۳۱ - قاروبی تبریزی، حسن، *النضید*، ج. ۱۷، انتشارات داوری، ج. ۲، قم، ۱۴۲۴ ه.ق.
- ۳۲ - قمی، میرزا ابوالقاسم حسن گیلانی (محقق قمی)، *جامع الثقات*، ج. ۲، سازمان انتشارات کیهان، چ. اول، ۱۳۷۱ ه.ش.
- ۳۳ - مجموعه‌ای از اساتید فقه اسلامی، *الموسوعة الفقه الاسلامی المقارن* (معروف به موسوعه جمال عبد الناصر)، ج. ۷، مجلس الاعلی للثئون الاسلامی، قاهره، ۱۳۹۱ ه.ق.
- ۳۴ - مغربی، عبدالله محمد بن عبد الحمن، *مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل*، ج. ۴، دارالفکر، چ. ۳، بیروت، ۱۴۱۲ ه.ق/۱۹۹۲ م.
- ۳۵ - مقدس اردبیلی، ملا احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح الارشاد الازهان*، ج. ۹، مؤسسه نشر اسلامی، چ. اول، ۱۴۱۱ ه.ق.
- ۳۶ - موسویان، سیدعباس، *اوراق بهادر استصناع مکمل بازار پول و سرمایه ایران*، مجله جستارهای اقتصادی، ش. ۸، ۱۳۸۶ ه.ش.
- ۳۷ - موسوی بجنوردی، سید محمد، *قواعد الفقهیه*، ج. ۲، انتشارات مجد، چ. اول، تهران، ۱۳۸۵ ه.ش.
- ۳۸ - مؤمن قمی، محمد، *استصناع (قرارداد سفارش ساخت)*، فصل نامه فقه اهل بیت، ش. ۱۱ و ۱۲، سال سوم، زمستان ۱۳۷۶ ه.ش.
- ۳۹ - _____، *کلمات السدیة فی مسائل جدید*، مؤسسه نشر اسلامی، جماعة المدرسین، چ. اول، قم، ۱۴۱۵ ه.ق.
- ۴۰ - نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج. ۹، ۲۲، ۲۴، ۳۵، دارالکتب الاسلامیه، چاپ حیدری، چ. ۹، تهران، ۱۳۶۸ ه.ش.
- ۴۱ - نراقی، ملااحمد، *عوائد الایام*، مکتبه بصیرتی، چ. الغدی، قم، ۱۴۰۸ ه.ق.
- ۴۲ - وزاره الاوقاف والثئون الاسلامیه، *الموسوعة الفقهیه*، ج. ۳ و ۷، چ. ۵، کویت، ۱۴۲۵ ه.ق. / ۲۰۰۵ م.
- ۴۳ - هاشمی شاهرودی، سید محمود، *استصناع (سفارش ساخت کالا)*، فصل نامه فقه اهل بیت، ش. ۱۹ و ۲۰، سال پنجم، زمستان ۱۳۷۶ ه.ش.