Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

A Critical Examination of the Contract of Istisnāʿ in Light of the Jurisprudential Foundations of Ayatollah Hashemi Shahroudi and Ayatollah Mo'men

Saeed Ahmadifard[1], **Seyyed Mojtaba Hosseinnezhad**[2], and **Seyyede Malihe mirtabar**[3]

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Mazandaran. Email: s.ahmadi@umz.ac.ir
2. Associate Professor of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Mazandaran University. Email: m.hossainnezhad@umz.ac.ir
3. Level 4 student in Jurisprudence and Principles at Masoumiyeh Seminary Higher Education Institute in Qom. Email: seyed97886861@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received 20 October 2024
Received in revised form 20 December 2024
Accepted 6 January 2025
Available online 25 March 2025
(Times New Roman 9)

Keywords:
Istisnāʿ
Salam Contract
An Independent Contract

ABSTRACT

استصناع، توافق سفارش دهنده با صنعتگر برای تولید کالایی معین است. استصناع چندین قسم دارد که محل بحث، استصناع به عنوان التزام به ساختن کالا بدون تملیک مواد اولیه است. مشروعیت استصناع محل اختلاف میان فقهاست. قائلین به مشروعیت در ماهیت عقد استصناع اختلاف دارند. محقق هاشمی استصناع را عقدی غیرمستقل تحت عنوان بیع سلم و مشروط به قبض در مجلس عقد می داند. اما محقق مومن، اولا استصناع را عقدی مستقل دانسته و معتقد است آثار اختصاصی بیع مثل خیار مجلس در آن جاری نمی باشد. ثانیا بر فرض سلم بودن، قبض شرط نمی باشد. نویسندگان از طرفی با بررسی تحلیلی و انتقادی ادله طرفین و از طرفی با لحاظ قواعد شریعت، با رد اعای سلبی محقق هاشمی و اتخاذ مستقل بودن عقد استصناع، با تحلیل مفهوم عرفی عقد، آثاری چون انفساخ به موت و عدم مسوولیت وراث را در آن جاری می دانند. زیرا تملیک صورت نمی گیرد. لذا با فوت، منفسخ می شود و وراث مسوولیتی ندارند. در فرض پذیرش سلم بودن، با رد ادعای محقق مومن، آن را مشروط به قبض ثمن در مجلس می دانند. برای حل مشکل عدم قبض ثمن در قرارداد استصناع صلح استصناع پیشنهاد می گردد.

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

Cite this article: Ahmadifard, S., Hosseinnezhad, S. M. & mirtabar, S. M. (1405). A Critical Examination of the Contract of Istisnāʿ in Light of the Jurisprudential Foundations of Ayatollah Hashemi Shahroudi and Ayatollah Mo'men. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20* (X), 1-20. https://doi.org/0000000000000000000

© Author(s) retain the copyright.
Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/00000000000000000000

مقدمه

عقد استصناع که به‌عنوان قراردادی برای سفارش ساخت کالایی معین با اوصاف مشخص تعریف می‌شود، در سال‌های اخیر به‌عنوان یکی از ابزارهای مهم حقوقی و مالی در نظام اقتصادی اسلام، به‌ویژه در حوزه تأمین مالی پروژه‌ها و عقود بانکی، مورد توجه فقیهان و حقوقدانان قرار گرفته است. با وجود کاربرد گسترده این نهاد، یکی از چالش‌های اساسی در نظام حقوقی ایران، فقدان وضوح در ماهیت فقهی آن است. این ابهام، به‌ویژه در مورد نوع خاصی از استصناع که در آن صنعتگر بدون تملیک مواد اولیه از سوی سفارش‌دهنده، صرفاً متعهد به ساخت و تحویل کالا می‌شود، بیش از پیش خود را نشان می‌دهد. منشأ اصلی این اختلاف نظر، به دو دیدگاه فقهی مطرح بازمی‌گردد: دیدگاهی که استصناع را عقدی مستقل و دارای احکام خاص می‌داند و دیدگاهی که آن را منطبق بر عقد بیع سلم تحلیل می‌کند. این اختلاف بنیادین، پیامدهای عملی چشمگیری از جمله در حوزه لزوم یا جواز عقد، وجود یا عدم وجود خیار مجلس، نحوه تأثیر فوت طرفین بر قرارداد و مهم‌تر از همه، شرطیت قبض ثمن در مجلس عقد دارد. با توجه به خلأ پژوهشی موجود در خصوص بررسی تطبیقی و نقادانه این دو دیدگاه، پژوهش حاضر با هدف تبیین دقیق ماهیت فقهی استصناع و بررسی آثار حقوقی و فقهی مترتب بر پذیرش هر یک از مبانی فوق، شکل گرفته است.

روش

این پژوهش با رویکردی توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از روش تحقیق کتابخانه‌ای انجام شده است. داده‌ها و اطلاعات مورد نیاز، از طریق مراجعه به منابع معتبر فقهی و حقوقی در دو حوزه فقه امامیه و فقه عامه، شامل کتب فتوایی، تفاسیر، جوامع حدیثی و متون تحلیلی فقیهان بزرگ گردآوری شده است. محور اصلی پژوهش، بررسی و نقد دو دیدگاه برجسته و متقابل در این زمینه است: نظریه استقلال عقد استصناع که توسط محقق مؤمن قمی تبیین شده و نظریه انطباق استصناع بر بیع سلم که از سوی محقق هاشمی شاهرودی مطرح گردیده است. روش کار بدین صورت است که ابتدا با مرور پیشینه تحقیق و کتب موجود، خلأ پژوهشی در این زمینه مشخص شده و سپس با نگاهی دقیق و موشکافانه به ادله اصولی و فقهی هر یک از این دو فقیه، از جمله آیات قرآن، روایات، اجماع فقها و نیز ارتکاز عرفی عقلا، به ارزیابی و سنجش استدلال‌های ایشان پرداخته شده است. نکته مهم در روش این مقاله، اتخاذ رویکردی انتقادی نسبت به هر دو دیدگاه است؛ بدین معنا که نه دیدگاه محقق مؤمن را به‌طور کامل می‌پذیرد و نه به‌سادگی از نظریه محقق هاشمی عبور می‌کند، بلکه در نهایت، نظریه مختار خود را با بهره‌گیری از نقاط قوت هر دو نظر و ارائه راهکارهای عملی، مانند استفاده از عقد صلح برای رفع محدودیت‌ها، ارائه می‌دهد.

یافته‌ها

یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که اختلاف نظر در ماهیت استصناع، صرفاً یک اختلاف لفظی یا نظری نیست، بلکه منشأ تفاوت‌های اساسی در آثار حقوقی قرارداد می‌گردد. در نقد دیدگاه محقق مؤمن، مقاله به این نتیجه رسیده است که صرف وجود التزام متقابل بین طرفین برای تحقق عنوان «عقد» کافی نیست. از نظر عرف و بنای عقلا، عقد نیازمند انشاء یک ماهیت اعتباری خاص مانند تملیک یا ایجاد حق است و صرف وعده یا تعاهد طرفینی برای انجام فعل در آینده، مصداق عقد ضمانت‌دار به شمار نمی‌رود. بنابراین، اگر استصناع صرفاً به عنوان یک تعهد متقابل تلقی شود، نهایتاً وجوب وفای تکلیفی از آن استفاده می‌شود و این وجوب، به خودی خود، برای اثبات حق مطالبه قضایی و ضمانت اجرای وضعی کافی نیست و حق اقامه دعوی در دادگاه، نیازمند دلیل مستقل بر ایجاد حق است. در نقد دیدگاه محقق هاشمی مبنی بر انطباق کامل استصناع بر بیع سلم، پژوهش به این نتیجه رسیده است که ادعای بیع سلم بودن استصناع با چالش‌های جدی مواجه است. مهم‌ترین این موانع، شرطیت قبض کامل ثمن در مجلس عقد است که در بیع سلم طبق نظر مشهور فقها وجود دارد، در حالی که در قراردادهای استصناع معمولاً پرداخت ثمن به صورت اقساطی یا در زمان تحویل کالا صورت می‌پذیرد. پژوهش با استناد به ادله محکمی مانند صحیحه حلبی که دلالت بر لزوم نقد بودن ثمن در بیع سلم دارد و نیز اجماع فقهای امامیه و عامه، بر این شرط صحه گذاشته و دیدگاه محقق مؤمن را که قائل به عدم اعتبار این شرط بود، رد کرده است. بنابراین، تطبیق مطلق استصناع بر بیع سلم، به دلیل عدم رعایت این شرط اساسی، از نظر فقهی صحیح به نظر نمی‌رسد. با توجه به ناکارآمدی هر یک از دو رویکرد سابق در تبیین کامل و عملیاتی استصناع، این پژوهش نظریه جدیدی را ارائه می‌دهد که بر اساس آن، می‌توان استصناع را به‌عنوان عقدی مستقل و الزام‌آور شناخت که در عین حال، با هدف رفع موانع فقهی بیع سلم، در قالب عقد صلح سلم منعقد می‌شود. توجیه این نظریه آن است که عقد صلح، در فقه امامیه، از انعطاف‌پذیری بسیار بالایی برخوردار است و شرایط اختصاصی عقود دیگر، مانند شرط قبض ثمن فی‌المجلس در بیع سلم، به آن سرایت نمی‌کند. بدین ترتیب، طرفین می‌توانند با انشای صلحی که متضمن تعهد صانع به ساخت و تحویل کالا و تعهد مستصنع به پرداخت عوض است، یک رابطه حقوقی لازم‌الوفا و حق‌آفرین ایجاد کنند که هم ضمانت اجرای قضایی دارد و هم قواعد عمومی بیع بر آن حاکم نیست. در بخش پایانی، مقاله به تبیین آثار عملی مترتب بر این اختلافات می‌پردازد که مهم‌ترین آنها عبارتند از: با پذیرش نظریه عقد مستقل، خیار مجلس در استصناع جاری نخواهد بود؛ با فرض فوت صانع، از آنجا که در استصناع موضوع عقد، انجام عمل شخصی

Peer-reviewed, accepted and pre-proofread version

توسط صانع است، با فوت او، متعلق تعهد از بین رفته و عقد قهراً منفسخ می‌شود و وراث تعهدی به تحویل کالا نخواهند داشت، مگر اینکه ضرری به طرف مقابل وارد شده باشد که باید از ماترک جبران شود.

نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر با نقد و بررسی دو دیدگاه اصلی در ماهیت فقهی استصناع و با بهره‌گیری از یک رویکرد تحلیلی-انتقادی، به این نتیجه نهایی دست یافته است که نه می‌توان استصناع را صرفاً به‌عنوان یک وعده و تواعد عادی فاقد ضمانت اجرا تلقی کرد و نه می‌توان آن را به‌طور کامل منطبق بر بیع سلم با تمام شرایط و محدودیت‌های آن، از جمله شرط قبض کامل ثمن در مجلس، دانست. یافته‌ها نشان می‌دهد که صرف التزام متقابل برای ایجاد عقد حقوقی قابل مطالبه کافی نیست و از طرف دیگر، شرط قبض ثمن در بیع سلم یک امر مسلم و غیرقابل انکار بر اساس ادله قوی فقهی است. بر اساس این یافته‌ها، راهکار نهایی و عملی که این مقاله ارائه می‌دهد، استفاده از قالب عقد «صلح» برای تنظیم قرارداد استصناع است که ضمن حفظ ماهیت عقد و استقلال آن، از یک سو، الزام‌آوری قرارداد و حقانیت مطالبه خسارت در صورت تخلف را تضمین می‌کند و از سوی دیگر، با حذف شرط سنگین قبض ثمن در مجلس، امکان انعقاد قراردادهای بلندمدت و اقساطی را در صنعت و بانکداری فراهم می‌سازد. این راهکار بدیع و کاربردی، یک میانه‌روی فقهی است که هم به روح و منطق حاکم بر استصناع وفادار می‌ماند و هم با رعایت احکام و قواعد عمومی شرع، آن را به عنوان ابزاری کارآمد و مشروع در اختیار نظام اقتصادی و حقوقی قرار می‌دهد. در نهایت، پژوهش با تأکید بر این تفکیک‌های دقیق و ارائه راهکار نهایی، گامی مهم در جهت شفاف‌سازی مبانی فقهی و ارتقای کارایی این نهاد حقوقی در نظام بانکی و قراردادهای تأمین مالی کشور برداشته است.

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۲۷۸۳-۰۸۳۷ شاپا چاپی: ۲۷۸۳-۲۳۶۸
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

تحلیل و بررسی استصناع با رویکرد انتقادی بر مبانی آیت‌الله هاشمی شاهرودی و آیت‌الله مومن

سعید احمدی فرد[۱]✉، سید مجتبی حسین نژاد [۲]، و سیده ملیحه میرتبار [۳]

۱. نویسنده مسئول، استادیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه مازندران. رایانامه: s.ahmadi@umz.ac.ir
۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه مازندران. رایانامه: m.hossainnezhad@umz.ac.ir
۳. طلبه سطح ۴ رشته فقه و اصول موسسه اموزش عالی حوزوی معصومیه قم. رایانامه: seyed97886861@gmail.com

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقاله پژوهشی،

تاریخچه مقاله:
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۲۰
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۳/۱۵
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۲۵
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۱۰

کلیدواژه‌ها:
استصناع،
بیع سلم،
عقد مستقل،

چکیده

استصناع، توافق سفارش دهنده با صنعتگر برای تولید کالایی معین است. استصناع چندین قسم دارد که محل بحث، استصناع به عنوان التزام به ساختن کالا بدون تملیک مواد اولیه است. مشروعیت استصناع محل اختلاف میان فقهاست. قائلین به مشروعیت در ماهیت عقد استصناع اختلاف دارند. محقق هاشمی استصناع را عقدی غیرمستقل تحت عنوان بیع سلم و مشروط به قبض در مجلس عقد می داند. اما محقق مومن، اولا استصناع را عقدی مستقل دانسته و معتقد است آثار اختصاصی بیع مثل خیار مجلس در آن جاری نمی باشد. ثانیا بر فرض سلم بودن، قبض شرط نمی باشد. نویسندگان از طرفی با بررسی تحلیلی و انتقادی ادله طرفین و از طرفی با لحاظ قواعد شریعت، با رد اعای سلبی محقق هاشمی و اتخاذ مستقل بودن عقد استصناع، با تحلیل مفهوم عرفی عقد، آثاری چون انفساخ به موت و عدم مسوولیت وراث را در آن جاری می دانند. زیرا تملیک صورت نمی گیرد. لذا با فوت، منفسخ می شود و وراث مسوولیتی ندارند. در فرض پذیرش سلم بودن، با رد ادعای محقق مومن، آن را مشروط به قبض ثمن در مجلس می دانند. برای حل مشکل عدم قبض ثمن در قرارداد استصناع صلح استصناع پیشنهاد می گردد.

استناد: ؛ احمدی فرد، سعید؛ حسین نژاد، سید مجتبی، و میرتبار، سیده ملیحه (۱۴۰۵). عنوان مقاله. *تحلیل و بررسی استصناع با رویکرد انتقادی بر مبانی آیت‌الله هاشمی شاهرودی و آیت‌الله مومن*، ۲۰ (۵۲)، ۲۰-۱. https://doi.org/00000000000000000

ناشر: جامعه المصطفی (ص) العالمیه.

© نویسندگان.

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

مقدمه

با گسترش قراردادهای نوپدید و تخصصی در روابط اقتصادی، عقد استصناع به‌عنوان یکی از ابزارهای سفارش ساخت و تأمین مالی، جایگاه مهمی در فقه و حقوق یافته است. بررسی فقهی استصناع از سه جهت قابل طرح است: اصل مشروعیت، لازم‌الوفا بودن تعهدات و ماهیت آن؛ بدین معنا که آیا استصناع عقدی مستقل است یا باید در قالب یکی از عقود معین، به‌ویژه بیع سلم، تحلیل شود؟. تعیین ماهیت استصناع، آثاری همچون لزوم قرارداد، قلمرو تعهدات طرفین و شرایط پرداخت عوض را به دنبال دارد.پژوهش حاضر با مفروض دانستن مشروعیت استصناع، به بررسی و نقد دیدگاه محقق هاشمی شاهرودی، مبنی بر تحلیل استصناع در قالب بیع سلم و شرطیت قبض ثمن، و دیدگاه محقق مؤمن، مبنی بر استقلال آن، می‌پردازد. نوآوری پژوهش صرفاً در مقایسه این دو دیدگاه نیست، بلکه در تبیین آثار عملی آنهاست؛ به‌گونه‌ای که پذیرش استصناع به‌عنوان عقدی الزام‌آور، مبنای روشن‌تری برای تعهدات و ضمانت اجرای طرفین فراهم می‌کند و امکان انعقاد آن در قالب صلح مستقل، محدودیت ناشی از شرایط اختصاصی بیع سلم، از جمله قبض ثمن، را کاهش می‌دهد. بر این اساس، پژوهش می‌کوشد مبنایی فقهی ـ حقوقی برای استفاده مؤثرتر از استصناع در قراردادهای ساخت و تأمین مالی پروژه‌ها در نظام بانکی ارائه کند.

پیشینه تحقیق

پشینه پژوهشی در حوزه عقد استصناع نشان می‌دهد که این عقد از جنبه‌های مختلفی چون مشروعیت فقهی، ماهیت حقوقی، کاربردهای بانکی و تطبیق با سایر عقود، مورد توجه پژوهشگران قرار گرفته است. با این حال، آنچه در پیشینه موجود به عنوان خلأ پژوهشی قابل شناسایی است، عدم بررسی تطبیقی و نقادانه دیدگاه‌های مبنایی فقیهان خاص، بهویژه دیدگاه محقق هاشمی شاهرودی و محقق مؤمن، با تمرکز بر ادله و آثار عملی هر مبناست. در ادامه، مهمترین منابع موجود به تفکیک بررسی و موضع پژوهش حاضر نسبت به هر یک مشخص می‌شود.در کتاب عقد استصناع در حقوق ایران نوشته سولماز هادی که در سال ۱۴۰۴ توسط انتشارات قانون یار منتشر شده است، نویسنده عقد استصناع را در دو ساحت فقه عامه و فقه امامیه و نیز نظام حقوقی ایران به صورت جامع مورد مطالعه قرار داده است. تمرکز اصلی این کتاب بر تبیین ماهیت حقوقی و فقهی عقد و سپس تبیین شرایط، احکام و آثار آن است. همچنین نویسنده به نقد و بررسی چالشهای اجرایی و حقوقی این عقد در نظام حقوقی ایران پرداخته است. وجه افتراق پژوهش حاضر با این کتاب در آن است که کتاب مذکور نگاهی کلی و جامع به تمام ابعاد عقد استصناع دارد، اما هیچگونه بحث تطبیقی و نقادانه ای میان دو دیدگاه فقهی خاص یعنی دیدگاه هاشمی و مؤمن در آن ارائه نشده است، درحالیکه پژوهش حاضر به جای بررسی کلی تمام احکام، صرفاً بر تقابل آرا و ادله این دو فقیه متمرکز است. نوآوری پژوهش حاضر نسبت به این کتاب، ارائه یک مطالعه عمیق و موردی از اختلاف نظر دو فقیه طراز اول و واکاوی آثار حقوقی مترتب بر پذیرش هر یک از این مبانی مانند شرطیت قبض ثمن، لزوم یا جواز فسخ و دیگر آثاری است که در اثر فوق مغفول مانده است.

در کتاب عقد و اوراق استصناع، ماهیت عقد استصناع نوشتهی محمدنقی نظرپور که در سال ۱۳۹۶ توسط انتشارات دانشگاه مفید به چاپ رسیده است، نویسنده علاوه بر بررسی ارکان عقد استصناع، کاربرد آن را در عملیات بانکی بدون ربا، چگونگی انتشار اوراق استصناع در بورس و سازوکار تعیین قیمت این اوراق مورد کنکاش قرار داده است. جهت گیری اصلی این کتاب، جنبه مالی، بانکی و اقتصادی عقد استصناع است. وجه افتراق پژوهش حاضر با این کتاب در آن است که اثر نظرپور رویکردی اقتصادی–کاربردی دارد و به دنبال تبیین ابزار مالی استصناع در بازار سرمایه است، درحالیکه پژوهش حاضر ریشهای فقهی–استدلالی دارد و به دنبال کشف مبنای صحیح از رهگذر نقد ادله فقهی دو دیدگاه متقابل است. نوآوری پژوهش حاضر نسبت به این کتاب در آن است که درحالی که اثر فوق بحث فقهی را مقدمه ای برای ورود به مباحث مالی میداند، پژوهش حاضر اصل اختلاف فقهی را به عنوان مسئله محوری خود برگزیده و به تبعات حقوقی و فقهی آن میپردازد، نه کاربردهای مالی و بورسی آن.

pre-final, unedited, and pre-proofreading version

در کتاب عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان نوشته سیدموسی علوی که در سال ۱۳۹۵ توسط انتشارات دانشگاه جامعه المصطفی العالمیه منتشر شده است، نویسنده به بررسی تطبیقی عقد استصناع در دو مذهب فقهی امامیه و حنفی و نیز حقوق موضوعه افغانستان پرداخته است. رویکرد نویسنده، تطبیق بین مذهبی است تا بتواند نقاط اشتراک و افتراق فقهی را در دو نظام فقهی نشان دهد. وجه افتراق پژوهش حاضر با این کتاب در آن است که در کتاب علوی تطبیق میان دو مذهب فقهی صورت گرفته است، اما تطبیق میان دو فقیه هم مذهب یعنی هاشمی و مؤمن که هر دو از فقهای امامیه بوده و اختلاف نظر درون مذهبی دارند، موضوع پژوهش او نیست، همچنین به مبانی اصولی و استدلالهای هر یک از این دو به طور جزئی و موشکافانه پرداخته نشده است. نوآوری پژوهش حاضر نسبت به این کتاب در آن است که این تحقیق برای نخستین بار اختلاف نظر درون ماده ای در فقه امامیه را با تمرکز بر آرای هاشمی و مؤمن به صورت مستقل و نقادانه بررسی میکند و نشان می‌دهد که حتی در چارچوب یک مذهب، مبانی فقهی متفاوت می‌تواند به آثاری کاملاً متفاوت در عقد استصناع منجر شود.

در کنار کتب فوق، مقالات متعددی نیز به موضوع استصناع پرداخته اند که از آن جمله میتوان به مقاله چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا نوشته اکبر کمیجانی و محمدنقی نظرپور، مقاله بررسی فقهی عقد مرابحه، خرید دین و استصناع نوشته فرشته ملاکریمی و مقاله استصناع در فقه و حقوق ایران نوشته غلامعلی سیفی و منصوره حسن زاده اشاره کرد. این مقالات عمدتاً به یکی از وجوه کاربردی، بانکی یا حقوقی استصناع پرداخته و یا آن را در کنار سایر عقود اسلامی معرفی کرده اند. در هیچ یک از این مقالات، تقابل دیدگاه هاشمی و مؤمن به عنوان محور بحث قرار نگرفته و ادله هر یک به طور مستقل نقادی نشده است. وجه افتراق پژوهش حاضر با مقالات مذکور در آن است که این مقالات یا به کلیات عقد استصناع پرداخته اند و یا کاربرد خاص آن را بررسی کرده اند، ازاین رو فاقد رویکرد تطبیقی–نقادانه نسبت به آرای دو فقیه مذکور هستند. نوآوری پژوهش حاضر نسبت به این مقالات، ارائه یک پژوهش متمرکز بر نقد و بررسی ادله فقهی دو دیدگاه متقابل و استخراج آثار حقوقی–فقهی ناشی از پذیرش هر یک است که در هیچیک از مقالات پیشین به عنوان مسئله ای مستقل دنبال نشده است.

بررسی منابع پیش گفته نشان می‌دهد که با وجود غنای نسبی پژوهش های انجام شده در حوزهی عقد استصناع، هیچ یک از آثار موجود به صورت اختصاصی و با رویکردی تطبیقی–نقادانه به واکاوی دیدگاه محقق هاشمی شاهرودی و محقق مؤمن و نقد ادله فقهی هر یک و نیز بررسی آثار عملی مترتب بر هر مبنا مانند شرطیت قبض ثمن، لازم یا جایز بودن عقد، امکان فسخ و دیگر موارد نپرداخته اند. ازاینرو، پژوهش حاضر برای نخستین بار تلاش دارد تا با تمرکز بر این خلأ پژوهشی، گامی در جهت روشن سازی مبانی فقهی و حقوقی این عقد بردارد.

مفهوم شناسی

مفهوم استصناع

«استصناع» از باب استفعال و از ریشه «صنع» به معنای ساختن و تولید کردن گرفته شده است. در ساختار صرفی این واژه، «الف» و «سین» در ابتدای باب استفعال، بر طلب و درخواست دلالت دارند (رازی، 1423، ص. ۳۷۱). ازاین‌رو، «استصناع» در اصل به معنای درخواست ساختن چیزی است. ابن‌منظور در تبیین کاربرد این واژه می‌نویسد: «یقال اصطنع له خاتماً»؛ یعنی برای او انگشتری سفارش داد؛ بدین معنا که از شخصی درخواست کرد انگشتری برای او بسازد. همچنین، وی «استصنع الشیء» را به معنای درخواست و دعوت به ساختن چیزی دانسته است (ابن منظور، ۱۳۰۸، ج. ۸، ص. ۲۰۹).بر این اساس، استصناع در معنای لغوی بر درخواست ساخت و انجام عمل تولیدی دلالت دارد و عنصر اساسی آن، درخواست شخصی از دیگری برای ساختن شیئی معین است. این معنا در منابع لغوی نیز مورد تأکید قرار گرفته است (ابن فارس، ۲۰۱۱، ج. ۳، ص. ۳۱۳؛ فیروزآبادی،۱۴۱۵، ج. ۱، صص ۹۵۴ – ۹۵۵؛ فیومی، ۱۴۱۸،ج. ۱، ص. ۳۴۸؛ رازی، ۱۴۲۳، ص ۳۷۱)

استصناع در اصطلاح فقهی و حقوقی، به قراردادی اطلاق می‌شود که به موجب آن، یک طرف قرارداد (صانع یا سازنده) متعهد می‌شود کالایی معین را با اوصاف و ویژگی‌های مورد توافق، ساخته و در موعد مقرر به طرف دیگر (مستصنع یا سفارش‌دهنده)

Pre-final, unedited and pre-proofreading version

تحویل دهد و در مقابل، مستصنع نیز متعهد به پرداخت عوض یا ثمن مورد توافق می‌شود (کاسانی ، ۱۴۰۹،ج .۵، ص .۲؛ حلی، ۱۴۰۸،ج.۳،ص .۲۵۹؛ سرخسی، ۱۴۱۴،ج .۱۲، ص .۱۳۹).

در منابع فقهی، استصناع غالباً با بیان مصادیق آن توضیح داده شده است. ابن‌همام در تبیین این عقد، استصناع را به درخواست ساخت کالایی از صنعتگر، مانند سفارش ساخت کفش، کاسه، ظروف مسی یا دیگ، با تعیین اندازه، شکل، وزن، ظرفیت و قیمت آن، تعریف کرده است؛ به‌گونه‌ای که سفارش‌دهنده کالای مورد نظر را با مشخصات معین از صنعتگر درخواست می‌کند و صنعتگر نیز ساخت آن را بر عهده می‌گیرد (سیواسی، ۱۴۲۴،ج .۷، ص .۱۱۴). همچنین سمرقندی، استصناع را عقدی بر کالایی در ذمه دانسته که در آن، انجام عمل و ساخت کالا نیز بر عهده صنعتگر قرار می‌گیرد (سمرقندی، ۱۴۱۴،ج. ۲، ص.۵۳۸)

با بررسی تعاریف مذکور می‌توان گفت، اگرچه فقها در نحوه بیان ماهیت استصناع اختلاف دارند، در مجموع عناصر مشترکی در تعریف آنان مشاهده می‌شود: نخست، وجود سفارش ساخت؛ دوم، تعهد صنعتگر به ساخت و فراهم کردن کالای مورد سفارش؛ سوم، تعلق قرارداد به کالایی با اوصاف و مشخصات معین که ساخت و تحویل آن در آینده انجام می‌شود؛ و چهارم، وجود عوض یا ثمن معلوم در برابر کالای مورد سفارش. بنابراین، آنچه استصناع را از معاملات عادی متمایز می‌کند، صرف انتقال کالای موجود نیست، بلکه محور اصلی رابطه قراردادی، سفارش و تعهد به ساخت کالایی است که در زمان انعقاد قرارداد هنوز ساخته نشده است.بر این اساس، می‌توان استصناع را چنین تعریف کرد:

«استصناع قراردادی است که به موجب آن، یک طرف (مستصنع) ساخت و تحویل کالایی معین یا کلی در ذمه را با اوصاف و ویژگی‌های مشخص و مورد توافق، در مدت معین و در برابر عوض معلوم، از طرف دیگر (صانع) درخواست می‌کند و صانع نیز در برابر آن، تعهد به ساخت و تحویل کالای مذکور می‌نماید.»

مفهوم عقد مستقل

عقد به معنای گره زدن، بستن و پیمان است. در اصطلاح نیز «عقد» به معنای توافقی است که میان دو یا چند نفر منعقد می‌شود و دارای تعهدات و الزاماتی است که طرفین متعهد به انجام آن هستند (فیومی، ۱۴۱۸،ج.۲،ص. ۲۱۸؛ فیروزآبادی شیرازی، ۱۴۱۵،ص. ۲۳۴) با حفظ این مطلب، عقد مستقل به معنای عقدی است که به‌طور مستقل منعقد می‌شود و به هیچ عقد یا قرارداد دیگری ارجاع نمی‌کند. منظور از «عقد مستقل»، قراردادی است که اعتبار و آثار حقوقی آن مستند به عنوان ویژه و ادله اختصاصی یا عمومات و اطلاقات ادله وفای به عقد باشد و برای صحت و نفوذ آن، نیازی به ارجاع به یکی از عقود معین فقهی وجود نداشته باشد. بنابراین، استقلال عقد به معنای صرف جدید بودن قرارداد نیست، بلکه به این معناست که قرارداد، با حفظ شرایط عمومی صحت معاملات، بتواند به‌عنوان عنوانی مستقل، منشأ آثار حقوقی و فقهی قرار گیرد. اینکه استصناع واجد چنین ویژگی‌ای است یا خیر، همان مسئله اصلی این پژوهش است و در ادامه، با بررسی دیدگاه‌های فقیهان و ادله آنان، تحلیل خواهد شد . (انصاری، ۱۴۲۰،ص. ۶۷؛ جزیری و غروی و مازح،۱۴۱۹، ص. ۴۵)

مفهوم بیع سلم

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

بیع سلم معامله‌ای است که در آن بایع متعهد می‌شود مقدار معینی از کالا را در زمان معینی در آینده به مشتری تحویل دهد و مشتری مبلغ مورد توافق را در زمان عقد قرارداد پرداخت می‌کند(جزیری و غروی و مازح،۱۴۱۹، صص. ۴۰۰-۴۰۵؛ انصاری، ۱۴۲۰،صص. ۲۵۰-۲۵۵؛ مؤسسة دائرة المعارف الفقه الإسلامی، ۱۴۲۹،ج. 11،صص.۳۹۲-۳۹۳)

مقایسه مفهوم استصناع و بیع سلم

با توجه به اینکه بخش مهمی از اختلاف‌نظرهای فقهی درباره استصناع، ناظر به امکان انطباق یا عدم انطباق آن بر بیع سلم است، صرف تعریف مستقل این دو عنوان برای تبیین محل نزاع کافی نیست. ازاین‌رو، لازم است وجوه اشتراک و افتراق آنها به‌صورت اجمالی تبیین شود در فقه وحقوق اسلامی، دو مفهوم بیع سلم و استصناع از حیث اینکه موضوع معامله در زمان عقد وجود خارجی ندارد و تحویل آن به آینده موکول می‌شود، با یکدیگر اشتراک دارند. با این حال، تفاوت‌های بنیادینی میان آن دو وجود دارد:نخست آنکه در بیع سلم، موضوع عقد، کلی در ذمه است و تعهد فروشنده صرفاً به تسلیم فردی از آن کلی در موعد مقرر تعلق دارد، حال آنکه در استصناع، موضوع قرارداد بر ساخت کالایی با اوصاف خاص استوار است و تعهد اصلی بر فرآیند تولید و ساخت متمرکز است.دومین و مهم‌ترین تفاوت در شرط قبض ثمن است؛ به‌گونه‌ای که در بیع سلم، بنابر نظر مشهور فقهای امامیه، قبض کامل ثمن در مجلس عقد، شرط اساسی صحت محسوب می‌شود تا از شبهه «بیع کالی به کالی» (معاوضه دین به دین) جلوگیری شود، در حالی که در استصناع، این شرط جاری نیست و پرداخت ثمن می‌تواند به‌صورت اقساط یا پس از تحویل کالا صورت پذیرد.سوم، در استصناع، تهیه مواد اولیه و انجام عملیات ساخت معمولاً بر عهده صانع است و بخشی از تعهد اصلی او را تشکیل می‌دهد، در حالی که در بیع سلم، کیفیت تهیه کالا توسط فروشنده در ماهیت عقد نقشی ندارد (زحیلی ،۱۴۰۵،ج.۵،ص.۳۶۵۳)

به‌علاوه، جایگاه فقهی آن دو نیز متفاوت است؛ بیع سلم در فقه امامیه عقدی شناخته‌شده با شرایط مشخص است، اما استصناع در فقه امامیه به‌عنوان عقدی مستقل یا مصداقی از بیع سلم، مورد اختلاف بوده و برخی فقهای معاصر آن را با استناد به عمومات عقود و قاعده صحت (ماده ۱۰ قانون مدنی) قابل پذیرش می‌دانند.این تفاوت‌ها به‌ویژه در قراردادهای تأمین مالی و صنعتی امروز، تأثیر عملی چشمگیری دارد و سبب می‌شود که استصناع به‌عنوان ابزاری منعطف‌تر در معاملات مدرن مطرح گردد

عقد استصناع و انواع آن

با توجه به ماهیت رابطه ایجادشده میان سفارش‌دهنده و سازنده، استصناع را می‌توان به دو قسم کلی تقسیم نمود: استصناع غیرالزام‌آور و استصناع الزام‌آور.

استصناع غیرالزام‌آور (وعده به ساخت)

در این قسم، توافق طرفین صرفاً در حد وعده و اعلام آمادگی برای ساخت کالا در آینده است و هیچ‌گونه التزام حقوقی میان آنان ایجاد نمی‌شود. بنابراین، سازنده صرفاً وعده می‌دهد که در آینده کالای مورد نظر را تولید نماید و سفارش‌دهنده نیز تعهد الزام‌آوری نسبت به پذیرش یا پرداخت قیمت آن ندارد. .(زحیلی ،۱۴۰۵،ج.۵،ص.۳۶۴۳) از آنجا که در این قسم، عنصر الزام و تعهد حقوقی وجود ندارد، از محل بحث درباره ماهیت عقد استصناع خارج است

استصناع الزام‌آور (تعهد به ساخت)

در این قسم، میان طرفین التزام حقوقی نسبت به ساخت کالا و پرداخت عوض آن ایجاد می‌شود. این قسم خود از جهت نحوه تأمین مواد اولیه دارای دو حالت است:

الف) استصناع همراه با تملیک مواد اولیه

Pre-final unedited and pre-proofreading version

در این حالت، سفارش‌دهنده مواد اولیه لازم برای ساخت کالا را در اختیار سازنده قرار داده و آن را به وی تملیک می‌کند تا عملیات ساخت بر روی آن انجام شود. در این فرض، تحلیل فقهی قرارداد بر اساس نحوه رابطه طرفین با مواد اولیه و عمل ساخت انجام می‌گیرد و ممکن است در قالب عقودی مانند اجاره، جعاله یا بیع به شرط فعل مورد بررسی قرار گیرد زیرا در این حالت که مواد اولیه مثلاً پارچه برای خیاطی به خیاط داده می‌شود، یا اجاره است زیرا خیاط معینی را اجیر بر انجام خیاطت نموده است یا جعاله است زیرا عامل دوخت لباس را پذیرفته است. تفاوت جعاله با اجاره در این است که جعاله عقد جایز است و به حسب نوع عقد طرف مقابل در این قرارداد می‌تواند شخص معین هم نباشد(نجفی،۱۳۶۲،ج. ۳۵،ص. ۱۸۷) اما اگر مشتری پارچه یا لباس ناقصی از خیاط خریداری کرده و تبدیل آن به لباس را طلب کند، این عمل به عنوان مبیع شخصی در نظر گرفته می‌شود. در این حالت، خیاط متعهد به تکمیل خواهد بود و این عمل به عنوان بیع به شرط فعل شناخته می‌شود.

ب) استصناع بدون تملیک مواد اولیه

در این حالت، سفارش‌دهنده صرفاً ساخت کالایی با اوصاف معین را از سازنده درخواست می‌کند و مواد اولیه از سوی خود سازنده تأمین می‌شود. محل بحث اصلی در قرارداد استصناع همین قسم است؛ زیرا کالا در زمان توافق موجود نیست و سفارش‌دهنده تنها تعهد به ساخت و تحویل کالای معین را مطالبه می‌کند. ازاین‌رو، اختلاف فقها درباره ماهیت آن شکل گرفته است که آیااین توافق، عقدی مستقل محسوب می‌شود یا باید در قالب عقود معین مانند بیع سلم تحلیل شود(مؤمن قمی، ۱۴۱۵،ص. ۲۰۷) بنابراین ، معیار اصلی در تقسیم‌بندی اقسام استصناع، وجود یا عدم وجود تعهد حقوقی میان طرفین است و مسئله تملیک یا عدم تملیک مواد اولیه، مرحله‌ای پس از تعیین این معیار و ناظر به کیفیت اجرای تعهدساخت می باشد.

اقوال فقهی درباره مشروعیت استصناع

در منابع فقهی، درباره مشروعیت استصناع دو دیدگاه کلی مطرح شده است. اگرچه مشروعیت استصناع در پژوهش حاضر مفروض بوده و محل اصلی بحث، تبیین ماهیت آن است، اشاره اجمالی به دیدگاه‌های فقهی درباره مشروعیت، زمینه ورود به بحث ماهیت استصناع را فراهم می‌کند.

قول به عدم مشروعیت استصناع

برخی فقها، از جمله شیخ طوسی، استصناع را صحیح نمی‌دانند و مهم‌ترین دلیل آن را جهالت و مجهول بودن اوصاف محصول نهایی دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۲، ص. ۱۹۴؛ ۱۴۰۷، ج. ۳، ص. ۳۳۹). شافعی نیز در مواردی که محصول از ترکیب چند ماده ساخته می‌شود و مقدار هر یک مشخص نیست، به دلیل ابهام در اوصاف و مقدار مواد، حکم به عدم جواز داده است (شافعی، ۱۴۰۳،ج. ۳، ص. ۱۳۱).

قول به مشروعیت مشروط استصناع

در مقابل، گروهی از فقها اصل استصناع را با رعایت شرایطی مشروع دانسته‌اند. از جمله این شرایط، تعیین دقیق اوصاف کالا، تعیین مدت تولید و تحویل و تعیین مبلغ و نحوه پرداخت است (طوسی، ۱۴۰۸، ص. ۲۵۷؛ حلی، ۱۴۰۵، ص. ۲۵۹؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳، ج. ۲، ص. ۲۶۱؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص. ۱۹۹؛ سیستانی، ۱۴۱۴، ج. ۴، ص. ۶۰۶).

Pre-final, unedited and pre-proofreading version

با توجه به مفروض بودن مشروعیت استصناع در پژوهش حاضر، بحث اصلی در ادامه، تبیین ماهیت فقهی استصناع و بررسی دیدگاه‌های مطرح درباره انطباق آن با بیع سلم یا استقلال آن به‌عنوان عقدی مستقل خواهد بود.

انواع احتمالات در ماهیت قرارداد استصناع

در عقد استصناع دو احتمال مطرح است:عقد غیر مستقل (استصناع در ضمن عقود دیگر) و عقد مستقل.

عقد غیرمستقل

برخی از فقها عقد استصناع را در ضمن عقود دیگر مشروع می‌دانند و معتقدند عقد استصناع باید در قالب عقود دیگری همچون سلم، جعاله، اجاره و صلح مورد بررسی قرار گیرد و به صورت مستقل معتبر نیست(هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳،ج.۲ ،صص. ۲۵۰-۲۵۱؛ همو،۱۴۲۹،ج.۱،صص. ۳۷-۳۸؛ سیستانی ،۱۴۱۴،ج.۴،ص. ۶۰۶)

عقد مستقل

برخی هم آن را عقد مستقل دانستند(منتظری،۱۳۷۳،ج.۱،صص. ۲۵۵-۲۶۰؛ ثبیتی، ۱۴۱۲،ج.۷،صص. ۱۱۳۲-۱۱۳۶)و برخی هم، در عین اینکه آن را عقد مستقل دانستند، شروط خاصی از جمله لزوم تعیین دقیق ویژگی‌های کالا، تضمین کیفیت، زمان تحویل، لزوم رعایت تعهدات دوطرفه و شفافیت در قرارداد را در آن مطرح نمودند (سبحانی، ۱۳۹۶)

دیدگاه محقق هاشمی شاهرودی و محقق مومن در عقد استصناع

دیدگاه محقق مؤمن

محقق مؤمن، استصناع را عقدی مستقل می‌دانند (مؤمن قمی، ۱۴۱۵،ص. ۲۴۴) بر اساس این دیدگاه، صانع متعهد می‌شود کالای مورد توافق را با اوصاف مشخص تولید و در موعد مقرر تحویل دهد و مستصنع نیز متعهد به پذیرش کالا و پرداخت ثمن مطابق قرارداد می‌گردد. از نظر ایشان، این توافق صرفاً وعده ابتدایی به انجام معامله در آینده نیست؛ زیرا وعده، به‌تنهایی الزام قراردادی میان طرفین ایجاد نمی‌کند، درحالی‌که در استصناع، اراده انشائی طرفین بر ایجاد التزام متقابل تعلق گرفته و هر یک در برابر دیگری عهده‌دار تعهدی مشخص می‌شوند. ازاین‌رو، استصناع از مرحله وعده فراتر رفته و به یک تعهد الزام‌آور متقابل تبدیل می‌شود و همین التزام انشائی متقابل، مبنای صدق عنوان عقد و شمول آن تحت عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است.

ایشان ابتدا با تبیین مفهوم عقد، استدلال می‌کند که «عقد» در لغت به معنای گره زدن و پیوند دادن دو امر با یکدیگر است. از نظر ایشان، این معنا در اصطلاح فقهی نیز ناظر به ایجاد ارتباط اعتباری میان دو التزام انشائی است؛ به‌گونه‌ای که هر یک از دو طرف، التزام خود را در برابر التزام طرف دیگر انشاء کرده و این دو التزام به یکدیگر گره می‌خورند. ازاین‌رو، صرف تقارن زمانی دو وعده یا دو اراده مستقل، عقد محسوب نمی‌شود، بلکه آنچه حقیقت عقد را تشکیل می‌دهد، انشای التزام متقابل در قالب یک توافق واحد است.

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

بر این اساس، محقق مؤمن میان «وعده» و «التزام قراردادی» تفکیک می‌کند. وعده، صرف اعلام قصد انجام کاری در آینده است و به‌خودی‌خود رابطه قراردادی میان طرفین ایجاد نمی‌کند؛ اما در استصناع، هر یک از طرفین، ضمن توافق، التزام خویش را در برابر التزام طرف مقابل انشاء می‌کند. صانع ملتزم به ساخت و تحویل کالای مورد توافق می‌شود و مستصنع نیز التزام می‌یابد که پس از تحقق موضوع قرارداد، کالا را مطابق مفاد توافق پذیرفته و ثمن را بپردازد. بنابراین، رابطه ایجادشده صرفاً وعده ابتدایی نیست، بلکه یک التزام انشائی متقابل است که به اعتقاد محقق مؤمن، عنوان عقد بر آن صادق است.

بر همین مبنا، ایشان معتقد است پس از احراز صدق عنوان عقد، این توافق مشمول عموم آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» خواهد بود؛ زیرا موضوع این آیه، هر عقد صحیح و عقلایی است و استصناع نیز با تحقق التزام انشائی متقابل، از مصادیق آن به‌شمار می‌آید. ازاین‌رو، استناد به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» در کلام ایشان مبتنی بر اثبات قبلی تحقق عقد است، نه اینکه خود آیه منشأ تحقق یا اثبات ماهیت عقد باشد.حتی اگر استصناع به معنای التزام متقابل، به‌عنوان عقد شناخته نشود، با تمسک به آیه «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ» می‌تواند به‌عنوان عهد و التزام یک‌طرفه مشروع باشد.در کتاب فقه العقود، حسینی حائری در تفاوت میان عقد و عهد، عهد را دارای دو معنا دانسته است: نخست، وصیت؛ و دوم، میثاق (حسینی حائری، ۱۴۲۳، ج. ۱، صص. ۱۸۳ـ۱۸۴).

۱. عهد به معنای وصیت: این معنا اعم از وصیت یا قرار عهدی و وصیت یا قرار تکلیفی است. عهد به معنای قرار عهدی، مانند عهد امیرالمؤمنین(ع) به مالک اشتر و آیه «لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ» (بقره: ۱۲۴)، در معنای التزام نیست، بلکه به معنای وصیت است؛ بدین معنا که خداوند عهد امامت را سفارش می‌کند. عهد به معنای قرار تکلیفی نیز مانند «وَعَهِدْنَا إِلَى إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ أَنْ طَهِّرَا بَيْتِيَ لِلطَّائِفِينَ» (بقره: ۱۲۵) است که در آن، حضرت ابراهیم و حضرت اسماعیل به انجام عملی امر شده‌اند.

۲. عهد به معنای میثاق: مانند آیه «وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهَ» (توبه: ۷۵). هنگامی که عهد به معنای میثاق باشد، فعل آن «عاهد» است؛ مانند «وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ» (توبه: ۷۵) یا «بَرَاءَةٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ» (توبه: ۱). این همان عهدی است که باید به آن وفا نمود. اما عهد به معنای وصیت، در واقع سفارش است و در آن، طرف مقابل است که باید به عهد وفا کند؛ مانند «وَأَوْفُوا بِعَهْدِي»، یعنی «عهد من است، شما وفا کنید». در مقابل، در عهد به معنای میثاق، شخصی که عهد می‌بندد، باید به آن وفا کند؛ مانند «وَمَنْ أَوْفَى بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهُ اللَّهَ فَسَيُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا» (فتح: ۱۰) و «وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا» (بقره: ۱۷۷).

وفای به عهد باید با توجه به معنای «میثاق» در عهد در نظر گرفته شود. بر همین اساس، عهد به معنای وصیت یا قرار، اخص از عقد است؛ زیرا ممکن است عهد به این معنا، عقد نباشد. اما عهد به معنای میثاق، همان عقد است. بنابراین، هر عهدی که به معنای میثاق باشد، عقد محسوب می‌شود.

عهد به معنای میثاق، اعم از عقد نیست، بلکه عقد اعم از عهد است؛ زیرا برخی از عقدها میثاق نیستند، مانند عقد بیع، اما هر میثاقی عقد است. پس عهد به معنای میثاق، همان عقد است. بنابراین، عقدی که متضمن میثاق باشد ـ که از آن به «عهد» تعبیر می‌شود ـ واجب‌الوفاء است. در آیه «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولًا» (اسراء: ۳۴) نیز عهد به معنای «میثاق» آمده است؛ یعنی «اوفوا بمیثاقکم». بر این اساس، عقد به معنای میثاق، عهد و واجب‌الوفاء است.

Pre-final, unedited and pre-proofreading version

بنابراین، برخلاف تصور عمومی مبنی بر عدم وجوب وفای به وعده، اگر وعده متضمن تعهد باشد، وفای به آن واجب است. وفای به وعده به معنای تعهد و میثاق با طرف مقابل واجب است (حسینی حائری، ۱۴۲۳،ج. ۱،صص.۱۸۳-۱۸۴؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳،ج. ۱،ص.۳۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۹،ج.۴،ص.۲۰۴)گرچه در فقه العقود در مورد استصناع بحث نشده است، از مطالب مذکور می‌توان نتیجه گرفت که اگر استصناع متضمن میثاق و تعهد باشد، واجب‌الوفاء خواهد بود.

محقق مؤمن همچنین به روایاتی اشاره می‌کند که ممکن است مخالف عقد استصناع به نظر برسند ((عن أبی عبدالله علیه‌السلام قال : قال رسول الله صلی‌الله‌علیه‌وآله :لا یباع الدین بالدین))(حر عاملی،۱۴۱۴، ج. ۱۸،ص.۲۹۸). این روایات ناظر به عدم جواز بیع پیش از مالک شدن کالا است. از آنجا که در استصناع، صانع متعهد می‌شود کالایی را برای مستصنع تولید و پس از تولید به او بفروشد، التزام متقابل وجود دارد که مستصنع کالای تولیدشده را خریداری کند. این نوع التزام متقابل، به معنای فروش چیزی که هنوز تولید نشده است نیست، بلکه به معنای تعهد دو طرف به انجام معامله در آینده است؛ بنابراین، روایات مذکور ناظر به استصناع نیست.

محقق مؤمن قاعده «لَا بَیْعَ إِلَّا فِی مِلْکٍ» را بر استصناع منطبق نمی‌داند؛ زیرا در این قرارداد، هنوز فرآیند تولید و فروش کامل نشده است. در واقع، آنچه میان طرفین وجود دارد، التزام متقابل است و فروش نهایی پس از تولید کالا صورت می‌گیرد. در نهایت، ایشان استصناع را عقدی مستقل و مشروع می‌داند؛ زیرا التزام متقابل، به معنای واقعی، عقد است و مشمول آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌شود (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص. ۲۰۷).

دیدگاه محقق هاشمی شاهرودی

ایشان در کتاب"قراءات فقهیه معاصره" استصناع را از عقود غیر مستقل می‌داند که به بیع سلم بازمی‌گردد ولی به اجماع فقها ثمن باید در مجلس پرداخت شود. در غیر این صورت، بیع باطل است (هاشمی شاهرودی،۱۴۳۳،ج.۲،ص. ۲۵۷)

میتوان کلام محقق هاشمی را به دو بخش سلبی(نفی عقد مستقل بودن استصناع) و ایجابی (ادعای بیع سلم بودن استصناع) تفکیک نمود.

جهت سلبی (نفی مستقل بودن عقد استصناع)

محقق هاشمی در نقد مستقل بودن عقد استصناع و اثبات ادعای سلبی خویش(نفی عقد مستقل بودن قرارداد استصناع) اشکالاتی را بر مستقل بودن عقداستصناع مطرح فرمودند که عبارتند از:

اشکال اول: عدم صدق ماهیت عقد

در قرارداد استصناع واقعاً ماهیت عقد صادق نیست. برای مثال، اگر دو نفر به یکدیگر تعهد دهند که هر کدام در دو ماه متوالی دیگری را به سفر ببرند، این یک قرارداد محسوب نمی‌شود. ارتکاز عرفی این را عقد (قرارداد) نمی‌داند به صورتی که طرفین در فرض تخلف بتوانند از همدیگر شکایت کنند. صرف التزام طرفین یک ماهیت اعتباری مثل بیع یا اجاره محقق نمی‌کند تا مشمول اوفوا بالعقود شود به صورتی که در فرض تخلف حق شکایت حقوقی از هم داشته باشند.

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

لذا محقق هاشمی ناظر به آن بخش از کلام جناب مومن که قرارداد استصناع فاقد تملیک که صرفاً یک الزام و التزام است را از لحاظ ماهوی عقد و مشمول اوفوا بالعقود خوانند، با اشاره به رابطه عام من وجه عقد و التزام، فرمودند: هر التزام متقابلی عقد نیست و لازم نیست عقد همیشه شامل التزام متقابل باشد. در هبه، التزام متقابلی وجود ندارد بلکه این واهب است که تملیک مال را انشا می‌کند و موهوب له صرفاً قبول می‌کند و التزام به چیزی ندارد. این در حالی است که هبه از عقود می‌باشد. دلیل عقد بودن هبه نیاز به قبول است نه التزام متقابل؛ زیرا التزام متقابلی وجود ندارد. در مقابل گاهی التزام متقابل است و عقد نیست. مانند شخصی که ملتزم می‌شود به فلان اداره برود و دیگری هم ملتزم می‌شود همراه او باشد. عرفاً عقد بر آن صادق نیست. عقد اعتبار یک ماهیت اعتباری مثل زوجیت یا ملکیت است و صرف التزام به یک عمل، حتی التزام متقابل، موجد عقد نخواهد بود. بلکه یک وعده طرفینی است. بنابراین ایشان استقلال عقد استصناع را منکر شده و بیان می‌کند که اگر استصناع بخواهد صحیح باشد، باید به بیع سلم برگردد(هاشمی شاهرودی،۱۴۳۳،ج.۲،ص.۲۵۳)

اشکال دوم: مفاد اوفوا بالعقد الزام به وفای به عقد صحیح است نه تصحیح هر عقدی

آیه"اوفوا بالعقود" (مائده: ۱) به الزام به وفای به عقد صحیح اشاره دارد و نه تصحیح هر عقدی. این آیه مربوط به وفای عقودی است که مشروعیت آنها مفروغ عنه باشد. مشابه "اوفوا بالوعد" است که وعده باید مشروعیت داشته باشد تا شامل آن شود و نمی‌توان با آن وعده نامشروع را مشروعیت بخشید. وجوب وفای به وعده، نذر و عقد به شرطی است که محتوای آنها مشروع باشد. عبارت "ان شرط الله قبل شرطکم" یعنی حقوق ناشی از قراردادها در طول احکام خدا اعتبار دارد. ابتدا بایستی قوانین خدا را رعایت کرد و سپس به وعده‌ها و قراردادها عمل نمود. مسئله اصلی مشروعیت عقد استصناع است. (حسینی حائری،۱۴۲۳،ج.۱،ص. ۱۸۳؛ هاشمی شاهرودی،۱۴۳۳، ج.۲،ص. ۲۷۶)

به بیان دیگر، اگر مشروعیت و عنوان عقد برای استصناع از دلیل دیگری ـ اعم از سیره عقلاء، ادله خاص یا امضای شارع ـ اثبات شود، آنگاه پس از احراز صحت آن، حکم وجوب وفا بر اساس «اوفوا بالعقود» بر آن مترتب خواهد شد. اما در فرض فقدان چنین دلیل مستقلی، تمسک به آیه برای اثبات اصل مشروعیت یا استقلال عقد، تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود عقد خواهد بود و ازاین‌رو، استناد به «اوفوا بالعقود» برای اثبات استقلال استصناع، ناتمام است.

نظریه مختار

نظر نویسندگان در دو بخش ارایه می شود:اما نظر نویسندگان،نسبت به ان بخش از کلام محقق مومن که استصناع به معنای عهد را از باب(اوفوا بالعهد)، هم سنگ استصناع به معنای التزام متقابلِ مشمول (اوفوا بالعقود)، دانست (مؤمن قمی،۱۴۱۵، ص.۲۳۰)که موید به کلام محقق حایری گردید، محل اشکال است.محل بحث در استصناع، قراردادی است که متضمن ایجاد ملکیت نیست، بلکه صرفاً مشتمل بر التزام متقابل طرفین به انجام فعل در آینده است. ازاین‌رو، اگر مبنای «فقه العقود»پذیرفته شود که هر تعهد و میثاقی واجب‌الوفاست، ،(حسینی حائری،۱۴۲۳،ج.۱ ،صص۱۸۳-۱۸۴)نهایتاً از آن، اصل وجوب وفای تکلیفی استفاده می‌شود؛ اما صرف ثبوت وجوب تکلیفی، به‌تنهایی برای اثبات حق مطالبه قضایی یا ضمانت اجرای وضعی کافی نیست.

توضیح آنکه، میان حکم تکلیفی و حکم وضعی ملازمه‌ای وجود ندارد. چه‌بسا شارع انجام یا ترک عملی را واجب یا حرام بداند، بدون آنکه برای تخلف از آن، حق مطالبه خصوصی یا امکان اجبار قضایی مقرر کرده باشد. بنابراین، برای اثبات قابلیت الزام حقوقی،

Pre-final, unedited and pre-proofreading version

افزون بر وجوب وفا، باید دلیل مستقلی بر ایجاد حق برای طرف مقابل یا جعل ضمانت اجرای وضعی اقامه گردد. مدنظر "فقه العقود" این است که هر التزامی، حتی اگر متقابل هم نباشد، لازم است؛ مثلاً، دوستی که ملتزم به مهمانی دادن و دیگری به پذیرفتن است. اما ممکن است بگوییم دو نوع وجوب وفا وجود دارد: یکی وجوب وفایی که حق قانونی برای شکایت ایجاد می‌کند و دیگری وجوب وفایی که چنین حقی ایجاد نمی‌کند. بنابراین در فرض عدم وفای صانع، مستصنع نمی‌تواند شکایت کند. هر التزام و تعهدی نمی‌تواند به‌عنوان مبنای شکایت قانونی باشد. این تعهدات بر اساس تکلیف الهی (حق‌الله) واجب‌الوفاء هستند نه اینکه از باب عقد مصطلح (حق عقلایی، حق‌الناس) بتوان بر اساس آن شکایت کرد.

ازاین‌رو، اگر استصناع صرفاً در حد تعهدی باشد که دلیل اعتبار آن «اوفوا بالعهد» یا ادله وجوب وفای به وعده باشد، نتیجه آن، الزام تکلیفی متعهد به وفای عهد است؛ اما از این ادله، به‌تنهایی حق مراجعه متعهدله به حاکم و الزام قضایی متعهد استفاده نمی‌شود؛ زیرا چنین آثاری نیازمند دلیل مستقل بر ثبوت حق و ضمان وضعی است. بر همین اساس، صرف وجوب وفای تکلیفی، برای اثبات قابلیت مطالبه حقوقی کفایت نمی‌کند.

اما نویسندگان کلام محقق هاشمی مبنی بر اینکه عقد انشاء یک ماهیت مثل ملکیت،زوجیت و... است،را نیز ناصواب می دانند. از نگاه عرف هر قراردادی که حقی برای طرف مقابل ایجاد کند، عقد و مشمول "اوفوا بالعقود" است. مثلاً توافق دو کشور بر کمک به یکدیگر در زمان جنگ یا دو شرکت بر قرض دادن به هم در صورت نیاز، عقد و مشمول "اوفوا بالعقود" می‌باشد. عقلاء طرف مقابل را صاحب حق می‌دانند. این توافق از باب وفاء به وعده صرفاً یک حکم الله نیست. بلکه اعطاء حقی است که ضمانت اجراء دارد. بنابراین، "اوفوا بالعقود" محدود به انشاء ماهیت‌هایی مانند زوجیت نمی‌شود بلکه شامل هر قراردادی است که حقی ایجاد کند. زیرا مقوم عقد نزد عقلا، اعطاء حق است. التزام به یک عمل در ارتکاز عرف، صرفاً التزام نیست، بلکه تملیک التزام است. یعنی فرد، التزام خود را به‌عنوان یک حق برای طرف مقابل تفویض می‌کند و این از نظر عرف، اعطاء حق محسوب می‌شود. پس این نوع توافق عقد است. با توجه به این تفسیر، استصناع شامل تمامی ویژگی‌های یک عقد است و می‌تواند عقد باشد، زیرا حق و تعهدات متقابل پذیرفته‌شده نزد عقلا را برای طرفین ایجاد می‌کند.

بنابراین، میان «عهد»، «التزام» و «عقد» باید تفکیک نمود. التزام، مفهومی عام است که هم در عهد و هم در عقد وجود دارد؛ اما هر التزامی عقد محسوب نمی‌شود. عهد، التزامی است که شخص بر عهده خود قرار می‌دهد، بدون آنکه لزوماً برای دیگری حق مطالبه ایجاد شود. در مقابل، عقد از دیدگاه عرف، پیوند دو التزام متقابل است که نتیجه آن ایجاد حق برای هر یک از طرفین نسبت به دیگری است. بنابراین، مقوم عقد صرف وجود التزام نیست، بلکه انتقال و تثبیت حق مطالبه برای طرف مقابل است. ازاین‌رو، هر توافقی که صرفاً مشتمل بر اعلام قصد یا وعده انجام کاری باشد، عقد محسوب نمی‌شود؛ اما هرگاه التزام طرفین در ارتکاز عقلاء منشأ پیدایش حق متقابل گردد، عنوان عقد بر آن صادق خواهد بود.

اما مثال نقض به دو فردی که تعاهد به سفر بردن یکدیگر دارند چون در ارتکاز عقلا ایجاد حق نمی‌کند صرفاً یک نوع تواعد است. اما قرارداد دو شرکت برای اعطای وام در صورت نیاز، در عرف عقد قلمداد می‌شود. بسیاری از قراردادهای بین دولت‌ها نیز یک نوع تعهد است که از نظر عرف، اعطای حق به طرف مقابل محسوب می‌شود، نه انشاء ماهیت اعتباری. پس، استصناع که بر اساس التزام طرفین است، عقدی لازم الوفاء است و حقی عقلایی ایجاد می‌کند و قابل شکایت است.

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

اما اینکه اوفوا بالعقود تنها شامل عقودی می‌شود که مشروعیت آن از قبل ثابت باشد و خودش مشروعیت ساز نیست، کاملاً درست است لکن محتوای استصناع، التزام به فعلی است که خلاف شرع نیست. "اوفوا بالعقود" نیز این التزام‌ها را واجب الوفاء و حق‌آور می‌داند. این آیه دلالت دارد استصناع که محتوای مشروع دارد حق برای طرف مقابل ایجاد می‌کند و تخلف از آن را منع می‌کند. لذا در صورت زیان، ضرررساننده ضامن است. وجوب وفای مقرر در آیه، صرفاً یک تکلیف اخلاقی یا عبادی نیست؛ زیرا موضوع آن «عقد» است و عقد در ارتکاز عقلاء رابطه‌ای حقوقی است که برای هر یک از طرفین، حق مطالبه ایجاد می‌کند. ازاین‌رو، هنگامی که شارع چنین رابطه عقلایی را امضا و وفای به آن را واجب می‌کند، آثار عقلایی آن نیز امضا می‌شود؛ مگر آنکه دلیل خاصی بر نفی برخی از این آثار وجود داشته باشد. یکی از مهم‌ترین آثار عقلایی عقد، امکان مطالبه اجرای تعهد و مسئولیت متخلف در برابر خسارت ناشی از نقض قرارداد است. بنابراین، قابلیت مطالبه و ضمان وضعی در استصناع، صرفاً از وجوب تکلیفی استنباط نمی‌شود، بلکه از امضای رابطه حقوقیِ حق‌آور توسط شارع و بقای آثار عقلایی آن ناشی می‌گردد.

ثمرات نظریه مختار

با توجه به این نظریه توجه به دو نکته ذیل حائز اهمیت است: نکته اول: عمل نکردن صانع به قرارداد: در فرض تخلف صانع و عدم فروش کالا، حاکم شرع می‌تواند او را مجبور به وفا کند. در صورت سرپیچی، حاکم شرع متصدی فروش می‌شود و کالا را به مستصنع می‌فروشد. اجماع فقها و ارتکاز عقلاء بر این است که حاکم ولی ممتنع است(محقق داماد،۱۴۰۶، ج.۳،ص. ۲۰۱)سیره عقلا بر این بوده و شارع آن را منع نفرموده است.بنابراین در فرض امتناع صانع از اجرای تعهد، اصل اولی آن است که وی از سوی حاکم به انجام تعهد الزام گردد؛ زیرا موضوع قرارداد، ایجاد حق برای مستصنع و تعهد بر ذمه صانع است. بنابراین، دخالت حاکم در مرحله نخست، ناظر به اجبار متعهد بر ایفای تعهد است، نه تصرف در مالکیت وی.

چنانچه اجبار ممکن نباشد یا اجرای تعهد به وسیله شخص صانع متعذر گردد، حاکم می‌تواند از باب ولایت بر استیفای حقوق و رفع ظلم، اجرای تعهد را به عهده گیرد. در این فرض، آنچه موضوع ولایت حاکم است، الزام به وفای تعهد و استیفای حق مستصنع است.

ازاین‌رو، این اقدام از باب اجرای حکم حاکم نسبت به ممتنع از ادای حق و در حدود ولایت قضایی بر استیفای حقوق انجام می‌شود، نه از آن جهت که مستصنع پیش از ساخت، مالک کالای مورد استصناع شده باشد. بنابراین، نظریه مختار مبتنی بر تملیک کالای معدوم نیست، بلکه بر ایجاد حق مطالبه اجرای تعهد استوار است و دخالت حاکم نیز در همین چارچوب قابل توجیه خواهد بود.

نکته دوم: نساختن کالا توسط صانع: اگر صانع تا موعد قرارداد و نیاز مستصنع کالا را تولید نکند، در این صورت اگر به سبب افزایش قیمت، مستصنع کالا را با قیمت بالاتری از دیگران تهیه کند، به دلیل ضرر واردشده حق مطالبه خسارت دارد. البته اگر در صورت اماده شدن کالا مستصنع کالا را نخواهد، یا باید او را مجبور به خرید کرد یا باید خسارت بپردازد. این امر براساس ارتکاز عقلاء پذیرفته شده است. ارتکاز عقلاء بر این است که خسارت وارده باید توسط خسارت‌زننده جبران شود نه بیت المال. طبق ارتکاز عقلاء، در فرض عدم وجود مشتری دیگر یا نقصان قیمت، مستصنع باید خسارت واردشده در صورت تخلف از قرارداد را بپردازد. مستند "لا ضرر" نیست تا اشکال آقای خویی مبنی بر اینکه لاضرر از عناوین رافع حکم است و اثبات تدارک ضرر نمی‌کند، وارد باشد (خوئی،۱۴۱۷،ج.۳،ص. ۲۰۴)یا اشکال شود بحث نفی ضرر نیست بلکه تحریم ضرر است و ارتباطی به لاضرر ندارد. مستند ارتکاز عقلاء است.

Pre-final, unedited and pre-proofreading version

به نظر نویسندگان،از طرفی صدق عرفی مفهوم لاضرر؛منحصر به جبران خسارت توسط ضرر زننده است.اگر شخصی که موجب ورود ضرر شده است، ملزم به جبران آن باشد، عرفاً دیگر ضرر صدق نمی‌کند؛ یعنی همان نفی ضرر بر آن صادق است. برای مثال، اگر صانع ملزم به جبران خسارت باشد، عرف نمی‌گوید مستصنع متضرر شده است. بنابراین، با حکم شارع مبنی بر الزام به جبران خسارت، عرفاً عنوان «لاضرر» صادق بوده و مشمول روایت «لاضرر» خواهد بود؛ زیرا در واقع ضرری باقی نمانده است. اما اگر جبران خسارت از سوی شخصی غیر از ضررزننده صورت گیرد، عرفاً نفی ضرر صادق نیست؛ بلکه گفته می‌شود شخصی متضرر شده و شخص ثالث، خسارت او را جبران کرده است. ازاین‌رو، عرف تنها در صورتی رفع ضرر را صادق می‌داند که ضررزننده به جبران خسارت ملزم شود. بر این اساس، در محل بحث، نفی ضرر صادق بوده و مشمول قاعده «لاضرر» است.

از سوی دیگر، قاعده «لاضرر» اثبات ضمان را نیز در پی دارد؛ بدین معنا که هم نافی حکم است و هم مثبت حکم. این قاعده، موقف ضرری شارع را نفی می‌کند، خواه آن موقف ایجابی باشد؛ یعنی حکمی که خود منشأ ضرر است، و خواه سلبی باشد؛ یعنی عدم جعل حکمی که موجب ورود ضرر شود. برای نمونه، اگر شارع قانونی مبنی بر حرمت اتلاف مال غیر وضع نکرده باشد، مردم خود را در اتلاف اموال دیگران آزاد می‌پندارند و منشأ این وضعیت، عدم وضع قانون منع اضرار به دیگران از سوی شارع است. در چنین فرضی، نمی‌توان ادعا کرد که در نظام حقوقی اسلام، احکام ضرری وجود ندارد؛ زیرا عدم جعل حکم نیز می‌تواند منشأ ضرر باشد. بنابراین، قاعده «لاضرر» هرگونه موقف ضرری از ناحیه شارع را، اعم از اینکه ناشی از جعل حکم یا عدم جعل حکم باشد، نفی می‌کند. در نتیجه، با استناد به قاعده «لاضرر» می‌توان ضمان را نیز اثبات کرد؛ زیرا از نظر عرف، نفی ضرر بر تدارک خسارت و جعل ضمان صدق می‌کند.

جهت ایجابی (ادعای بیع سلم بودن قرارداد استصناع)

محقق هاشمی در بخش ایجابی استصناع را بیع سلم خواندند. از آنجا که کالا در زمان قرارداد موجود نیست، عرفاً به عنوان پیش خرید محسوب می‌شود لذا منطبق بر بیع سلم و قبض در آن شرط می‌باشد(هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳،ج.۲،ص.۲۵۸)در مقابل محقق مومن قبض را در بیع سلم شرط نمی‌داند(مؤمن قمی،۱۴۱۵، ص. ۱۹۹)

لازم به ذکر است شباهت استصناع با بیع سلم، صرفاً به معدوم بودن مبیع در زمان انعقاد قرارداد محدود نمی‌شود؛ بلکه از آن جهت است که موضوع قرارداد، کلی موصوف در ذمه است و طرفین، اوصاف، مقدار، جنس، کیفیت و زمان تحویل کالا را به‌گونه‌ای تعیین می‌کنند که غرر و جهالت برطرف گردد. این ویژگی‌ها همان ارکانی است که در تحلیل فقهی بیع سلم نیز مورد توجه قرار گرفته است. ازاین‌رو، اگر شرایط اختصاصی بیع سلم، از جمله تعیین کامل اوصاف مبیع و رعایت احکام مربوط به ثمن، در قرارداد استصناع تحقق یابد، می‌توان آن را مصداقی از بیع سلم دانست. اما هرگاه یکی از شرایط اختصاصی سلم ـ مانند لزوم قبض کامل ثمن در مجلس عقد بر مبنای مشهور فقها ـ مفقود باشد، دیگر تحلیل استصناع در قالب سلم با اشکال مواجه خواهد شد. بنابراین، ادعای سلم بودن استصناع، ناظر به مواردی است که شرایط ماهوی و اختصاصی بیع سلم در آن جمع باشد، نه صرف اینکه کالای مورد معامله هنگام انعقاد قرارداد موجود نباشد.

موانع سلم بودن استصناع

تطبیق استصناع با بیع سلم ممکن است مشکلاتی به همراه داشته باشد که باید مورد توجه قرار گیرد. به طور کلی، استصناع نیازمند شرایط و قواعد خاص خود است و ممکن است تطبیق دقیق آن با بیع سلم چالش‌هایی را به همراه داشته باشد که عبارتند از: مانع

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

اول: در بیع سلم، مبلغ باید ثابت و دقیق ذکر شود (خمینی، ۱۴۱۹،ج.۱،ص. ۵۱۸)اما در استصناع چون کالا و عوض آن مدتها بعد تحویل می‌شود و احتمال نوسان قیمت بازار بسیار زیاد است لذا به نرخ روز قرارداد می‌بندند و قیمت ثابت و معین در حین عقد موجود نیست.

مانع دوم: پرداخت تمام ثمن: یکی از مشکلات اصلی در تطبیق استصناع با بیع سلم این است که در بیع سلم تمامی ثمن باید در زمان عقد و در مجلس عقد پرداخت شود (کرکی، ۱۴۱۴،ج.۴،ص.۲۰۶) این مطلب اجماعی است، (طوسی،۱۳۸۷ ج.۳،ص. ۱۲۲؛ انصاری،۱۴۲۰، ج.۶،ص. ۲۹۱)اما در موارد استصناع ممکن است ثمن به صورت قسطی و در مراحل مختلف پرداخت شود که این با شرط پرداخت تمام ثمن در بیع سلم تطابق ندارد.

راهکار برون رفت از موانع

رفع مانع اول: به نظر نویسندگان برای رفع مانع اول و حل مشکلات ناشی از تفاوت نرخ روز، می‌توان حق فسخ یا شرط پرداخت مابه‌التفاوت را تعیین کرد. بعضی معتقدند این شروط باعث غرری شدن عقد و ابطال آن می‌شود، اما اگر شروط غرری نباشند، اشکالی ندارند و حتی اگر شروط غرری باشند، غرر شرط به عقد سرایت نمی‌کند. بنابراین عقد استصناع از این جهت مشکلی ندارد و می‌تواند به‌عنوان بیع سلم در نظر گرفته شود.

رفع مانع دوم:اما برای رفع مانع دوم دو راهکار موجود است:

راهکار اول: راه حل محقق مومن برای برون رفت از مشکل، اثبات عدم اعتبار قبض ثمن در بیع سلم است. لذا مدعی است دلیلی بر اعتبار لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم وجود ندارد.

البته علامه حلی نیز تأکید کرده که مشهور این نظر را دارند، (حلی، ۱۴۱۴،ج.۵،ص. ۱۴۸) اما ابن‌جنید مخالف است. (اسکافی،۱۴۱۶، ص. ۱۷۶؛ حلی،۱۴۱۴، ج.۵،ص. ۱۴۵) بعید نیست امثال شیخ طوسی که ادعای اجماع بر شرطیت قبض ثمن در بیع سلم نمودند(طوسی،۱۳۸۷،ج.۳،ص.۲۰۰) ، مرادشان عدم صدق عنوان بیع سلم در فرض عدم قبض ثمن در مجلس باشد، زیرا تحقق بیع سلم با رد ثمن به صورت حال و تحویل مثمن به صورت نسیه می‌باشد. محقق مؤمن بر آن است که در این صورت، اطلاقات احل الله البیع، تجارة عن تراض و اوفوا بالعقود، این بیع را که نامش بیع سلم نیست، می‌گیرد. اجماع مطرح شده در غنیه، مسالک و تذکره، مدرکی است و شاید مستند به روایت "لا یباع الدین بالدین" باشد که دلالت آن بر لزوم قبض ثمن در بیع سلم پذیرفته نیست (مؤمن قمی، ۱۴۱۵،ص. ۲۱۷) لذا با توجه به مدرکی بودن اجماع مورد نظر چاره‌ای نیست که روایات به صورت مستقل بررسی شود.

بررسی روایات

روایت طلحه بن زید: طلحه به نقل از پیامبر(ص) بیان کرده است: "قال رسول الله لا یباع الدین بالدین"، یعنی دو دین نباید مبادله شوند (حر عاملی، ۱۴۱۴،ج.۱۸،ص. ۲۹۸) علامه با استناد به این روایت، لزوم قبض در مجلس را بیان می‌کند(حلی، ۱۴۱۴،ج.۱۷،ص. ۲۰)شیخ طوسی نیز می‌گوید کتاب طلحه بن زید معتمد است (طوسی، ۱۴۱۷،ج۱،ص. ۱۴۹)کتاب معتمد نشان از توثیق شخص است. آقای زنجانی این نظر را قبول ندارد و باید ثابت شود حدیث از کتاب طلحه بن زید است، زیرا برخی افراد کتبشان معتمد

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

است. مطالب کتاب را با دقت می‌نویسند، اما سخن شفاهی آنها از روی دقت نیست. لذا باید ثابت شود از کتاب اوست (شبیری ، ۱۴۰۱)

ظهور روایت در این است که دو دین در رتبهٔ سابقه با همدیگر نباید مبادله شوند. اگر کسی چکی از یک شخص دیگر و کسی دیگر چکی از برادر آن شخص مثلاً داشته باشد و این دو را با هم معامله کنند، این حالت مشمول "لا یباع الدین بالدین" می‌شود چون این چک‌ها حاکی از دین در رتبه سابق هستند، اما در بیع سلم دین نسبت به ثمن و مثمن برای طرفین به سبب بیع حادث می‌شود.

شیخ طوسی در مبسوط اجازه داده‌اند دین افراد به ثمن نسیه خریداری شود.مثلاً چکی که موعدش شش ماه بعد است به چکی به موعد سه ماهه دیگر معاوضه شود، زیرا این بیع الدین بالدین نیست (طوسی، ۱۳۸۷،ج.۲،ص. ۲۴۱)چون ثمن (چک سه ماه بعد) دین سابق نیست ولی نسیه است. این چک حاکی از دین سابق نیست، بلکه الان صادر شده است. بنابراین "لا یباع الدین بالدین" به این معناست که دو دین مستقر نباید با هم مبادله شوند. در بیع سلم، تا زمانی که بیع انجام نشود، نه بایع بدهکار به مبیع و نه مشتری بدهکار به ثمن هستند.

روایت ابن عباس: در روایتی از ابن عباس آمده "نهی النبی عن بیع الکالئ بالکالئ" (بیهقی، ۱۴۱۹،ج.۵،ص.۲۹۰؛ مغربی، ۱۳۸۵،ج.۲،ص. ۳۳)در بیع کالئ به کالئ دو احتمال وجود دارد: ۱. کالئ از کلأ، یکلأکم (ای یحفظکم): ممکن است به معنای اسم مفعول (المحفوظ) یا اسم فاعل (الحافظ) باشد. لذا کالئ ممکن است به معنای اسم مفعول باشد مثل ماء دافق یعنی ماء مدفوق، الکالئ یعنی المحفوظ که آن دین است؛ دین است که طلبکار سعی می‌کند آن را حفظ کند و نگذارد از بین برود. همچنین ممکن است همان اسم فاعل باشد برای حافظ، اما تقدیر گرفته شود.

نهی النبی عن بیع مال الکالئ بالکالئ که باز همان دین می‌شود و معنایش مانند روایت طلحه بن زید است. ۲. کالئ به معنای نسیه: ممکن است به معنای نسیه باشد، یعنی "نهی النبی عن بیع النسیئة بالنسیئة" و در این صورت بیع سلم که ثمن و مثمن هر دو نسیه باشد خواهد شد، اما معین نیست که مراد روایت حتماً معنای دوم باشد.(نجفی ،۱۳۶۲،ج.۲۳،ص.۹۸)

اما مخالفان اشاره می‌کنند که اجماع جدی و قطعی وجود دارد. نص‌هایی یافته شده و ارتکاز عقلاء بر این است که اگر نه پولی داده شود و نه جنسی تحویل گرفته شود، قراردادی وجود ندارد. در صورت دادن جنس و مؤجل بودن ثمن، بیع نسیه، و در صورت پرداخت ثمن و مؤجل بودن مبیع، بیع سلم است. اگر هر دو مؤجل باشند، عقلاء قبول ندارند. مضاف بر اجماع و روایتی که موجود است.محقق هاشمی نیز به قطعیت اجماع‌های مطرح شده درباره بیع سلم اشاره کرده‌اند(هاشمی شاهرودی ،۱۴۳۳، ج.۲،ص.۲۶۰)علامه فرمود: "لا یجوز التفرقة قبل قبض الثمن فان تفارقا قبل القبض بطل السلم عند علماءنا اجمع" (الحلی،۱۴۱۴،ج.۱۱،ص. ۳۳۵)صاحب حدائق نیز به دلیل اجماع تمسک فرمود (بحرانی،۱۴۰۵،ج.۲۰،ص. ۱۵) ابن‌جنید تنها کسی است که نهایتاً تا سه روز تأخیر در قبض ثمن را مجاز می‌داند (اسکافی، ۱۴۱۶،ص. ۱۷۶)بیشتر فقهای عامه معتقدند که قبض ثمن در مجلس لازم است.(ابن قدام، ۱۳۸۸،ج.۴،ص. ۲۲۳؛ رافعی ،۱۴۱۷، ج.۳،ص. ۳۹۱)غیر از مالک که اجازه تأخیر داده است.(ابن رشد ،۱۴۱۵، ج.۳،ص. ۲۱۸؛ خمی، ۱۴۳۲،ج.۷،ص. ۲۹۶۴)علاوه بر اجماع سه فرقه اهل سنت و شیعه در ارتکاز عرفی، اگر پول پرداخت نشود و کالا تحویل نگردد، قرارداد نافذ نیست. بله، در اجماع علامه اشعاری به روایت لایباع الدین بالدین مشاهده می‌شود، اما باقی اجماعات، مشعربه مدرکی بودن آن نیستند. علاوه بر این، سیره متشرعه بر این است که تا ثمن در مجلس پرداخت نشود،

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

بیع نافذ نیست. این خود یک دلیل مضاعف محسوب می‌گردد. بنابراین در بیع مبیع کلی فی الذمه، اگر معجل نباشد، بیع نافذ نمی‌شود مگر اینکه ثمن حال باشد که معامله نافذ است. آقای خوئی که اهل فتوی بر خلاف اجماع یا احتیاط است نیز فتوا داده که قبض ثمن در مجلس در بیع سلم معتبر است. (خوئی، ۱۴۱۷،ج.۴،ص. ۱۷۸)

محقق هاشمی به روایت عبدالله بن بکیر از امام صادق (ع) نیز اشاره فرمودند.((عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا، قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) عَنْ رَجُلٍ اسْلَمَ فِي شَيْءٍ، فَلَمْ يَقْدِرِ الَّذِي عَلَيْهِ السَّلَمُ أَنْ يُوَفِّيَهُ؟ فَقَالَ: «لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ رَأْسَ مَالِهِ، أَوْ يُؤَخِّرَهُ إِلَى أَنْ يُوَفِّيَهُ))در روایت آمده است که راوی پرسید: اگر مردی به بیع سلم در چیزی اقدام کند و بایع نتواند سلف را تحویل دهد، امام فرمود: مشتری می‌تواند پولش را بگیرد یا مهلت بدهد تا بایع تحویل دهد (حر عاملی۱۴۱۴، ج.۱۸،ص. ۳۰۹)این روایت کاشف از پرداخت ثمن به بایع است.

به نظر نویسندگان ، روایت عبدالله بن بکیر به‌تنهایی بر اعتبار قبض ثمن در مجلس عقد دلالت ندارد؛ زیرا مفاد روایت ناظر به فرضی است که عقد سلم تحقق یافته و سپس بایع از تسلیم مبیع عاجز شده است. ازاین‌رو، امام(ع) در مقام بیان حکم این فرض، مشتری را میان استرداد ثمن و انتظار برای تحویل مبیع مخیر ساخته‌اند، نه آنکه در مقام بیان شرایط صحت عقد سلم، از جمله لزوم قبض ثمن در مجلس، باشند. صرف اینکه در روایت از استرداد ثمن سخن به میان آمده، نهایتاً کاشف از تحقق پرداخت ثمن در مورد سؤال است و از آن، شرطیت قبض فی‌المجلس استفاده نمی‌شود؛ زیرا ممکن است پرداخت ثمن امری متعارف و شایع بوده باشد. اثبات وقوع یک امر در مورد خاص، ملازمه‌ای با دخالت آن در صحت عقد ندارد، مگر آنکه روایت در مقام بیان تمام شرایط عقد باشد، در حالی که سیاق روایت چنین ظهوری ندارد. بنابراین، استناد به این روایت برای اثبات لزوم قبض فی‌المجلس، از جهت دلالت، تمام نیست.

نظریه مختار: به نظر نویسندگان لزوم قبض در بیع سلم از شروط بیع سلم است و این مطلب علاوه بر اجماع و سیره متشرعه، موید یک روایت صحیحه نیز می‌باشد. در صحیحه حلبی آمده: عنْ حَلَبِيٍّ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يُسْلِمُ فِي الْغَنَمِ، فَيَعْجِزُ الَّذِي عَلَيْهِ السَّلَمُ أَنْ يُوَفِّيَهُ؟ فَقَالَ: "يَأْخُذُ صَاحِبُ الْغَنَمِ نِصْفاً أَوْ ثُلُثاً، وَيَأْخُذُ مَا بَقِيَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ دَرَاهِمَ"»اگر مردی به بیع گوسفند اقدام کند و بایع نتواند تمام گوسفندان را تهیه کند، باید صاحب گوسفند نصف یا ثلث را بفروشد و مابقی را به دراهم بگیرد. یعنی حضرت ناظر به مبیع حاضر (گوسفندان موجود) به طرح عدم نیاز به سلم دستور به اخذ ثمن به صورت نقد و ناظر به مقداری از مبیع (گوسفند) که بعداً تهیه و تحویل مشتری می‌شود نیز دستور فرمودند ثمن نقداً دریافت گردد (حر عاملی،۱۴۱۴، ج.۱۸،ص.۳۰۳)

ظاهر "یأخذ" لزوم قبض در مجلس است. بنابراین چالش دوم در تطبیق بیع سلم بر استصناع به خاطر دلالت صحیحهٔ حلبی بر لزوم قبض فی‌المجلس پابرجاست؛ پس در واقع بیع سلم مشروط به قبض ثمن فی‌المجلس است و در صورت عدم رعایت این شرط، بیع باطل است. البته راه حل دومی موجود است که می‌توان با استفاده از آن مانع دوم را نیز حل نمود.

راهکار دوم: نویسندگان برای رفع مانع تطبیق بیع سلم بر قرارداد استصناع از صلح سلم نیز بهره بردند.صلح یکی از انعطاف‌پذیرترین قراردادها است .

از آنجا که صلح در فقه امامیه عقدی مستقل است، صرف اینکه نتیجه آن با عقد دیگری یکسان یا مشابه باشد، موجب جریان احکام و شرایط اختصاصی آن عقد در صلح نخواهد بود. علامه حلی، صلح را عقدی مستقل دانسته و تصریح می‌کند که صلح،

Pre-final, unedited and pre-proofreading version

هرچند بتواند نتیجه و فایده بیع را داشته باشد، به شرایط اختصاصی بیع نیاز ندارد (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج.۲، ص.۵۰۶). همچنین در منهاج الصالحین آمده است که صلح عقدی مستقل است و به سایر عقود بازنمی‌گردد؛ بنابراین، اگر صلح فایده عقد دیگری را داشته باشد، احکام و شرایط اختصاصی آن عقد بر صلح جاری نخواهد شد (سیستانی، ۱۴۱۴،ج.۲، ص.۳۷۵). بر این اساس، ملاک در اجرای شرایط اختصاصی، عنوان عقدی است که طرفین انشاء کرده‌اند، نه صرف نتیجه و اثر آن.

از سوی دیگر، روایت «الصلح جائز بین المسلمین، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» بر اصل نفوذ صلح، با رعایت حدود احکام شرعی، دلالت دارد (حرّ عاملی،۱۴۱۴، ج.۱۸، ص۳۴۰). بنابراین، هرگاه مانع موجود در یک عقد معین، صرفاً ناشی از شرایط اختصاصی همان عقد باشد و از حکم عام و الزامی شرع ناشی نشود، می‌توان با حفظ غرض عقلایی و مشروع طرفین، رابطه مورد نظر را در قالب عقد صلح مستقل برقرار کرد؛ زیرا دلیلی بر سرایت شرایط اختصاصی عقد نخست به عقد صلح وجود ندارد. بر این مبنا، در مواردی که بیع سلم به جهت فقدان یکی از شرایط اختصاصی آن، مانند قبض ثمن، با اشکال مواجه است، می‌توان امکان تحقق همان غرض معاملاتی را در قالب صلح مستقل، با رعایت شرایط عمومی صحت صلح، مورد بررسی قرار داد.

پس به جای استفاده از بیع سلم، صلح سلم انجام شود. در صلح سلم، قبض ثمن در مجلس شرط نیست و می‌تواند بدون نیاز به پرداخت فوری ثمن انجام شود.

بنابراین، شرط قبض ثمن فی‌المجلس در صلح سلم حذف می‌شود و حتی در صورت وجود غرر نیز این مسئله مشکلی ایجاد نمی‌کند. (جبعی عاملی، ۱۴۱۳،ج.۲،صص. ۳۳۰-۳۳۵)

در این حالت، استصناع در قالب عقد صلح تنظیم می‌شود؛ بدین معنا که طرفین، مجموعه تعهدات مربوط به ساخت، تحویل کالا و پرداخت عوض را در قالب صلح انشا می‌کنند. عقد صلح، بنابر اطلاقات ادله و سیره عقلایی، اختصاص به رفع تنازع ندارد، بلکه می‌تواند ظرف انشای انواع تعهدات و التزامات مالی قرار گیرد. ازاین‌رو، موضوع صلح می‌تواند نفسِ التزام‌های متقابل طرفین باشد و الزام هر یک از آنان به وفای تعهد، بر پایه همان عقد صلح توجیه شود، نه صرف وعده یا تواعد ابتدایی.

بر این اساس، اگر صلح بر تعهد صانع به ساخت و تحویل کالا و تعهد مستصنع به پرداخت عوض واقع شود، رابطه حقوقی حاصل، عقدی لازم‌الوفا خواهد بود که آثار آن تابع قواعد عمومی قراردادها و ارتکازات عقلایی در معاملات است. در چنین فرضی، اشکالِ صرف وعده بودن استصناع نیز مرتفع می‌شود؛ زیرا التزام‌ها در قالب یک عقد معتبر انشا شده‌اند.

همچنین، از آنجا که شرط قبض ثمن فی‌المجلس از احکام خاص بیع سلم است و دلیل بر سرایت آن به عقد صلح وجود ندارد، استفاده از صلح می‌تواند راه‌حلی فقهی برای تنظیم استصناع در مواردی باشد که پرداخت ثمن به‌صورت تدریجی یا مؤجل صورت می‌گیرد؛ بدون آنکه نیاز به انطباق کامل استصناع بر عنوان بیع سلم باشد.

آثار مترتب بر اختلاف مبانی

اگر استصناع منطبق بر بیع سلم باشد حکم شرعی بیع سلم این است که تمام ثمن در مجلس قبض شود و قبل از تفرق خیار مجلس دارند.ولی اگر عقد مستقل یا صلح است، خیار مجلس ندارند.

در بیع سلم، شخص مستصنع مالک کلی در ذمه فروشنده است. اما در استصناع، مستصنع مالک چیزی نیست بلکه طرف مقابل حق دارد کالا را تهیه کرده و برای فروش عرضه کند.بر این اساس حتی بعد از تولید مصنوع،صانع یا مستصنع فوت شود عقد منفسخ

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

می گردد و وراث انها الزامی به تحویل مصنوع به مستصنع یا اخذ مصنوع از صانع ندارند.نهایتا یک تعهد مالی بر ذمه صانع یا مستصنع بود و باید از ماترک جبران شود و اگر اخذ نکردن مصنوع توسط وراث مستصنع یا تحویل ندادن مصنوع به وراث مستصنع موجب ضرر گردد و ضرر عرفا مستند به هر یک از صانع یا مستصنع باشد نیز باید از ماترک تدارک گردد. می‌توان گفت موضوع عقد استصناع، التزام متقابل طرفین و متعلق التزام صانع، شخص وی و انجام عمل ساخت توسط اوست. بنابراین، هرگاه صانع فوت کند، با توجه به اینکه انجام مورد تعهد قائم به شخص وی بوده و تعهد مزبور به دیگری قابل انتقال نیست، متعلق التزام منتفی شده و در نتیجه، عقد قهراً منفسخ می‌شود.

توجه به این نکته ضروری است که پذیرش استصناع به عنوان عقدی مستقل و لازم، با انفساخ آن در فرض فوت صانع منافاتی ندارد و این امر به معنای پذیرش انفساخ عقود لازم به صرف موت نیست. قاعده عدم انفساخ عقود لازم به موت، ناظر به مواردی است که با فوت یکی از طرفین، موضوع و متعلق عقد همچنان باقی بوده و امکان اجرای آثار و تعهدات ناشی از عقد وجود داشته باشد. اما در مواردی که به سبب حادثه‌ای همچون تلف یا انتفای موضوع، ادامه عقد فاقد موضوع گردد، لزوم عقد مانع از انفساخ قهری آن نخواهد بود.

برای نمونه، در عقد بیع نیز با وجود لازم بودن عقد، چنانچه مبیع یا ثمن به نحوی منتفی شود که بقای عقد بدون موضوع ممکن نباشد، عقد قهراً منفسخ می‌شود. بنابراین، ملاک در این موارد، صرف وقوع موت یا تلف نیست، بلکه انتفای موضوع و عدم امکان بقای موضوع عقد است. بر این اساس، عقود لازم مادامی که با موت یکی از طرفین، موضوع و متعلق آن منتفی نشود، به موت منفسخ نمی‌شوند؛ اما اگر موت موجب انتفای موضوع یا متعلق التزام گردد، بقای عقد فاقد معنا و اثر خواهد بود.

بر همین اساس، در استصناع، هرچند عقد مستقل و لازم فرض شود، با فوت صانع موضوع و متعلق التزام وی منتفی می‌شود؛ زیرا تعهد مورد نظر، صرفاً تعهد به تحویل یک کالای کلی در ذمه نیست، بلکه التزام صانع به ساخت و تولید مورد سفارش است و انجام این تعهد نیز به شخص وی قائم است. ازاین‌رو، نمی‌توان وراث را قائم‌مقام صانع در انجام چنین تعهد شخصی‌ای دانست؛ زیرا وراث، نه متعهد به انجام عمل شخص صانع هستند و نه می‌توان آنان را بدون دلیل شرعی و قراردادی، ملزم به ادامه تعهد وی دانست. در نتیجه، با فوت صانع، متعلق التزام از بین رفته و عقد استصناع قهراً منفسخ می‌شود.

این امر با فرض استصناع منطبق با بیع سلم تفاوت اساسی دارد؛ زیرا در بیع سلم، مستصنع مالک کالای کلی در ذمه صانع می‌شود و موضوع حق وی، شخص صانع و عمل ساخت او نیست، بلکه کلیِ مورد معامله‌ای است که در ذمه بایع قرار گرفته است. بنابراین، فوت بایع یا مشتری، فی‌نفسه موجب انتفای موضوع عقد و زوال مالکیت مستصنع نسبت به کلیِ موجود در ذمه نمی‌شود و تعهد ناشی از عقد نیز می‌تواند در چارچوب قواعد ارث و انتقال تعهدات مالی ادامه یابد. در حالی که در استصناع، بر مبنای نظریه التزام متقابل و عدم تملیک فعلیِ مورد سفارش، متعلق التزام صانع، انجام عمل ساخت توسط شخص اوست و با فوت وی، این متعلق از بین می‌رود. ازاین‌رو، تفاوت حکم فوت در این دو فرض، ناشی از تفاوت در ماهیت موضوع و متعلق التزام است، نه تفاوت در لازم یا جایز بودن عقد.

نتیجه

با استناد به صدق مفهوم عقد بر استصناع و رد دیدگاه محقق هاشمی، استصناع که صرفاً التزام متقابل به متفاهم عرفی عقد یعنی اعطاء حق و تملیک ان التزام است، عقدی مستقل محسوب می‌شود. لذا آثار اختصاصی بیع، مانند خیار، در آن وجود ندارد. همچنین، با موت هر یک از طرفین،حتی بعد از تولید مصنوع،وراث مسئولیتی از حیث اخذ و تحویل مصنوع به طرفین نخواهند داشت مگر

Pre-final unedited and pre-proofreading version

اینکه ضرر منتسب به مورث باشد که در این صورت وراث موظف به جبران، از ماترک می‌باشند. با استناد به صحیحه حلبی و اثبات قبض در مجلس در بیع سلم و رد دیدگاه محقق مومن، اگر عقد استصناع بیع سلم در نظر گرفته شود، قبض در مجلس در آن شرط است. در قرارداد استصناع، شرط قبض تمام ثمن در مجلس لازم نیست. اگر بخشی از مبلغ پرداخت شود، معامله به همان اندازه منعقد می‌شود. به ارتکاز عقلا اگر ثمن مابقی کالا زمان تحویل به همان مبلغ قرارداد سابق پرداخت شود قرارداد نسبت به آن لازم است و صانع (سازنده) نیز حق رد ندارد.

ملاحظات اخلاقی

پیروی از اصول اخلاق پژوهش

این پژوهش کد اخلاق را به شماره ..... از کمیته اخلاق دانشکده/دانشگاه ..... دریافت کرده است.

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

مشارکت نویسندگان

مشارکت نویسندگان در مقاله به شرح ذیل است:سعید احمدی فرد: ۴۵ درصد

سیده ملیحه میرتبار: ۳۰ درصد

سید مجتبی حسین نژاد: ۲۵ درصد

تعارض منافع

طبق اعلامیه نویسندگان، این مقاله هیچ تضاد منافعی ندارد.

حامی مالی

طبق اعلامیه نویسندگان، این مقاله هیچ تضاد منافعی ندارد.

سپاسگزاری

طبق اعلامیه نویسندگان، این مقاله هیچ تضاد منافعی ندارد.

اعلامیه هوش مصنوعی مولد و فناوری‌های مبتنی بر هوش مصنوعی در فرایند نگارش

به صورت محدود و صرفا برای ویراستاری و ایجاد اختصار در عبارت، از هوش مصنوعی استفاده شد.

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

منابع

قرآن کریم

ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۰۸). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی* .جلد ۳. قم: دفتر انتشارات اسلامی

ابن رشد الحفید، محمد بن احمد (۱۴۱۵). *بدایة المجتهد و نهایة المقتصد* .جلد ۳. قاهره: دارالحدیث.

ابن فارس، احمد (۲۰۱۱). *معجم مقاییس اللغة* .جلد ۳. بیروت: دارالکتب الإسلامیة.

ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۳۸۸). *المغنی* .جلد ۴. قاهره: مکتبة القاهرة.

ابن منظور انصاری، محمد بن مکرم (۱۳۰۸)*لسان العرب* .جلد ۸. بیروت: دار صادر.

ابن الهمام السیواسی، کمال الدین (۱۴۲۴). *فتح القدیر* .جلد ۷. بیروت: دار الکتب العلمیة.

اسکافی، ابن جنید (۱۴۱۶). *مجموعة فتاوی ابن جنید* .قم: دفتر انتشارات اسلامی.

اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۹). *حاشیة کتاب المکاسب* .تحقیق شیخ عباس محمد آل سباع. چاپ ۱. بی‌جا: المحقق.

انصاری، مرتضی (۱۴۲۰). *کتاب المکاسب* .جلد ۶. بی‌جا: المؤتمر العالمی.

بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵). *الحدائق الناظرة* .جلد ۲۰. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

بیهقی، احمد بن حسین (۱۴۱۹). *السنن الکبری* .جلد ۵. بیروت: دارالفکر.

ثبیتی، سعود بن سعد (۱۴۱۲). مجله مجمع الفقه الإسلامی.جده: مجمع الفقه .

الجزیری، عبدالرحمن، و غروی، سید محمد، و مازح، محمد (۱۴۱۹). *الفقه علی المذاهب الأربعة* .جلد ۱. لبنان: دار الثقلین للطباعة و النشر و التوزیع.

جبعی عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی) (۱۴۱۳). *مسالک الأفهام* .جلد ۲. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). *وسائل الشیعة* .جلد ۱۸. قم: مؤسسه آل البیت (ع) لإحیاء التراث.

حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۲۳). *فقه العقود* .جلد ۱. قم :مجمع الفکر الإسلامی.

حلی، جمال الدین (علامه حلی) (۱۴۱۴). *تذکرة الفقهاء* .جلد ۵، ۱۱، ۱۷. قم: مؤسسه آل البیت (ع).

---------- (۱۴۲۰).*مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة* .جلد ۲. قم: مؤسسه آل البیت (ع).

حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵). الجامع الشرایع، قم: مؤسسه سید الشهداء.

حلی، جعفر بن حسن (محقق حلی) (۱۴۰۸). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. جلد ۳. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۷).*مصباح الفقاهة* .جلد ۴. قم: مؤسسه انصاریان.

خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۹). *تحریر الوسیلة* .جلد ۱. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

الرافعی، عبدالکریم (۱۴۱۷). *العزیز شرح الوجیز المعروف بشرح الکبیر* .جلد ۳. بیروت: دارالکتب العلمیة.

رازی، فخرالدین (۱۴۲۳). *مختار الصحاح* .تحقیق یوسف شیخ محمد. بیروت: المکتبة العصریة.

الزحیلی، وهبة (۱۴۰۵). *الفقه الإسلامی و أدلته* .جلد ۵. دمشق: دار الفکر.

سبحانی، جعفر (۱۳۹۶). درس خارج فقه، مبحث عقد استصناع. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

السمرقندی، علاء الدین (۱۴۱۴). *تحفة الفقهاء* .جلد ۲. بیروت: دار الکتب العلمیة.

السرخسی، محمد بن احمد (۱۴۱۴). *المبسوط* .جلد ۱۲. بیروت: دار المعرفة.

سیستانی، سید علی (۱۴۱۴). *منهاج الصالحین* .جلد ۲و۴. قم: مکتب آیه‌الله العظمی السید السیستانی.

سیواسی، کمال الدین محمد بن عبدالواحد (ابن الهمام) (۱۴۲۴). *فتح القدیر* .جلد ۷. بیروت: دار الکتب العلمیة.

شافعی، محمد بن ادریس (۱۴۰۳). *الأم* .جلد ۳. بیروت: دار المعرفة للطباعة و النشر.

شبیری زنجانی، سید محمدجواد (۱۴۰۱). درس خارج فقه، مبحث عدم اعتبار قبض ثمن در بیع سلم. قم: دفتر آیه‌الله شبیری زنجانی.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیة* .جلد ۲، ۳. تصحیح سید محمدتقی کشفی. تهران: المکتبة المرتضویة.

---------- (۱۴۰۷.)*الخلاف* .جلد ۳. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

---------- (۱۴۰۸). *الوسیلة إلی نیل الفضیلة* .قم: مکتبة آیه‌الله المرعشی النجفی.

---------- (۱۴۱۷). *الفهرست* .نجف: مؤسسة نشر الفقاهة.

العاملی، محمد بن حسین (۱۴۰۹). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* .جلد ۱۸. قم: دارالتفسیر.

الفیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۸). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر* .جلد ۱، ۲. بیروت: المکتبة العصریة.

فیروزآبادی، مجدالدین محمد بن یعقوب (۱۴۱۵). *القاموس المحیط* .جلد ۱. بیروت: دار الکتب العلمیة.

القاضی النعمان، نعمان بن محمد تمیمی المغربی (۱۳۸۵). *دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام* .جلد ۲. قم: مؤسسه آل البیت (ع).

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

الکرکی، نورالدین (۱۴۱۴). *جامع المقاصد فی شرح القواعد* .جلد ۴. چاپ ۲. قم: مؤسسه آل البیت.

الکاسانی الحنفی، أبو بکر بن مسعود (۱۴۰۹). *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع* .جلد ۵. پاکستان: المکتبة الحبیبیة.

اللخمی، علی بن محمد (۱۴۳۲). *التبصرة* .جلد ۷. قطر: وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامیة..

محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶). *قواعد فقهی* .جلد ۳. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

مؤسسه دائرة المعارف الفقه الإسلامی (۱۴۲۹). *الموسوعة الفقهیة* .جلد ۱۱. قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الإسلامی.

مؤمن قمی، محمد (۱۴۱۵). *کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة* .قم: مؤسسة النشر الإسلامی.

منتظری، حسینعلی (۱۳۷۳). *رساله استفتائات* .تهران: نشر تفکر.

نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام* .جلد ۲۳، ۳۵. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

نجفی خوانساری، موسی (۱۳۷۳). *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب* .جلد ۱. قم: المکتبة المحمدیة.

هاشمی شاهرودی، محمود (۱۴۲۹). *الاجارة* .جلد ۱. قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الإسلامی.

----------(۱۴۳۳). *قراءات فقهیة معاصرة* .جلد ۱، ۲. قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الإسلام

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

References

Akbaba, B. G. (2025). Access to justice and human rights: a comparative study of Islamic jurisprudence and secular legal systems. *İnsan ve Toplum*, 15(2), 171-192.

Hajipour, H., Deldar, H., & Alizade Ivari, M. (2024). Model of the degrees of obedience to parents: an analysis and examination of the perspectives of Islamic jurists. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *18*(50), 3-22. https://doi.org/10.22034/fvh.2023.15251.1724 (in Persian)

Haydari, J., & Abbasi, A. (2024). Examination of the theological and philosophical components of creation and emanation from Ibn Sina's perspective. *Theology Journal*, *11*(21), 57-72. https://doi.org/10.22034/pke.2025.16382.1775 (in Persian)

Jahannian, A., Alavi Qazvini, S. A., Shubairi Zanjani, S. H., & Qiasi Sarki, S. (2024). Adapting the elements of Usurpation (Ghaṣb) to intellectual property rights in Islamic jurisprudence (Fiqh) and Iranian Law. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *18*(50), 63-82. https://doi.org/10.22034/fvh.2023.16154.1778 (in Persian)

Karakaya-Stump, A. (2025). Alevis and Alawites: A comparative study of history, theology, and politics. *Religions*, *16*(8), 1009. https://doi.org/10.3390/rel16081009

McGrath, A. E. (2025). *Theology: The basics*. John Wiley & Sons.

Muhammadi, M. S., & Alizamani, A. A. (2024). Evaluating Robert Adams' View on the Non-Necessity of Creating the Best Possible World. *Theology Journal*, *11*(21), 3-21. https://doi.org/10.22034/pke.2024.19309.1916 (in Persian)

Mustapha, A., Senik, Z., & Haron, S. C. (2025). An Overview of Artificial Intelligence (AI) issues from the perspective of Islamic jurisprudence. *Online Journal of Research in Islamic Studies*, *12*(1), 95-114. https://doi.org/10.22452/ris.vol12no1.6

Ourkia, A., & Alsaied, M. A. (2025). The impact of Islamic jurisprudence principles on the urban planning of historic cities. *Journal of Posthumanism*, *5*(5), 13-25.

Schmidt Passos, E. (2025). What is political theology? Augustine's critique of civil and natural theology. *European Journal of Political Theory*, 14748851251337341. https://doi.org/10.1177/14748851251337341

Tantardini, M., & Ongaro, E. (2025). The contribution of the religious studies and theology literatures to public administration: A review and outlook. *The Humanities and Public Administration*, 152-175. https://doi.org/10.4337/9781035333608.00016

Williams, A. (2025). *The divine sense: The intellect in patristic theology*. Cambridge University Press.

Williams, R. (2002). On Christian theology. *Pro Ecclesia*, *11*(3), 367-369. https://doi.org/10.1177/106385120201100309

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version