

# فقه و اجتهاد

دوفصل نامه تخصصی فقه و علوم وابسته  
سال اول، شماره اول [پیاپی 1]  
بهار - تابستان 1393

صاحب امتیاز:

مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام

مدیر مسوول:

آیت الله محمدجواد فاضل لنکرانی

سر دبیر:

حسینعلی رحمتی



## الاستصناع: دراسة فقهية

محمد علي قاسمي

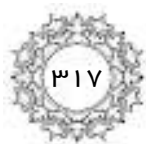
محقق في المركز الفقهي للائمة الاطهار عليه السلام

### الخلاصة:

حيث ان الفقه يشتمل على جميع مواضيع وجوانب حياة البشر، فمن هنا لا بد من تقديم الاحكام والحلول فيما يتعلق بالاستصناع الذي هو من المواضيع التي يحتاجها المجتمع.

وهذا التحقيق يتعرض اولاً الى تعريف وتبيين موضوع الاستصناع، ويبين الاشكالات الاحتمالية الناجمة عن دراسة تاريخ المسالة والتوجيهات المطروحة في مراحل خمسة. واخيراً تصل الى نتيجة وهي ان هذه النظريات بالرغم من صحة بعضها من الناحية الفقهية والاصولية الا انه حيث انها لا تنطبق مع الواقع الخارجي في المجتمع فلا يمكن ان تكون حلاً مفيداً. ومن هنا ان توجيه الاستصناع بـ(بالتعهد الالزامي من ناحية الموجب والقابل) يمكن قبوله وهو عملي في المجتمع الى حد بحيث يمكن الزامهما من جهة الحاكم الشرعي او الحكومة الاسلامية عند عدم العمل بمضمون العقد من الطرفين، والنتيجة فالاستصناع باعتباره عقداً شرعياً يمكن ان يكون ملزماً، والعلاقات الاجتماعية والعقود الدولية المبنتية على هذا العقد يمكن ان تكون موجهة وملزمة.

الكلمات الرئيسية: الاستصناع؛ صناعة السلع؛ العقود الشرعية الاسلامية؛ الفقه التطبيقي؛ القواعد الفقهية.



## The Juristic Survey of the Order for Goods Production

**Muhammadali Ghasemi**

A Researcher at Aeme Athar Jurisprudence Center

### Abstract

As the jurisprudence encompasses all the aspects of human life, it should provide some rules and guidelines regarding 'the order for goods production', as nowadays it is a necessary case in the society.

The present research, firstly defines the case of order for production of goods and through reviewing the research literature and mentioned justifications for such orders, it introduces their possible shortcomings, then it concludes those reviewed approaches are not practical, due to the juristic rules and doctorines, and as those justifications are not consistent with what occurs in the society, though some of their justifications are right. Among those justifications, the reasoning for the required commitments of the person who orders goods and the producer is acceptable and practical in the society and two parties of the contract must fulfill their commitments, and whether a party does not fulfill his required commitments as mentioned in the contract, s/he shall be the subject of the judiciary and the Islamic government.

**Key words:** Construction (Estesna); Goods Production; Islamic Canonical Contracts; Practical Jurisprudence; Juristic Laws.

# بررسی فقهی سفارش ساخت کالا

محمدعلی قاسمی

پژوهشگر مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام

## چکیده

از آن جا که مسئله «سفارش ساخت»، که یکی از موضوعات مورد نیاز جامعه امروز است برای تعیین دیدگاه اسلام درباره آن مقاله حاضر آن را از منظر فقهی مورد کاوش قرار می دهد. پژوهش حاضر، ابتدا به تعریف و تبیین موضوع سفارش ساخت کالای بردازد و با بررسی پیشینه تحقیق و توجیه های طرح شده در پنج مرحله، اشکال های احتمالی آنها را تبیین می کند و سرانجام به این نتیجه دست می یابد که این دیدگاه ها به رغم صحت برخی از توجیهات آنها از نظر قواعد فقهی و اصولی، به دلیل عدم هم خوانی با آنچه در جامعه رخ می دهد، کار آیی نخواهند داشت. در این میان، توجیه «تعهد الزامی از سوی سفارش دهنده و سفارش گیرنده» قابل پذیرش و عمل در اجتماع است تا آن جا که هر یک از آنها در صورت انجام ندادن آن چه در قرارداد آمده، مورد الزام از سوی حاکم شرع و حکومت اسلامی قرار می گیرد. در نتیجه، سفارش ساخت یا همان «استصناع» می تواند به عنوان یک عقد شرعی دارای الزام هایی باشد و روابط اجتماعی و قراردادهای بین المللی نیز بر اساس آن قابل توجیه و الزام آور خواهند بود.

**واژگان کلیدی:** استصناع؛ ساخت کالا؛ عقود اسلامی؛ فقه کاربردی؛ قواعد فقهی.

## مقدمه

در سیر پرفراز و نشیب تمدن بشری، برآوردن نیازهای مختلف و تفاوت آن‌ها در زمان‌ها و مکان‌ها با ویژگی‌های متفاوت، سبب گرایش انسان به زندگی اجتماعی و برقراری ارتباط با دیگران شده است. البته فطرت انسان او را به سوی هم‌زیستی با دیگران فرا می‌خواند تا در سایه روابط با اطرافش روح و جسم خویش را در آسایش قرار دهد. از سوی دیگر، دین مبین اسلام به عنوان کامل‌ترین آیین زندگی بشری، باید پاسخ‌گوی همه پرسش‌های انسان در عرصه‌های مادی معنوی وی باشد و همه شئون دنیوی و اخروی زندگی او را در برگیرد. بر این اساس، تمام بایدها و نبایدهای فقهی نیز در راستای سعادت بشر ارائه شده است و علم فقه در تبیین وظایف عملی انسان از جای‌گاه ویژه‌ای برخوردار است. فقه که با اجتهاد پویا و تکیه بر قوانین و موازین می‌تواند احکام مسائل جدید در دنیای امروز را نیز بیان نماید.

امروزه یکی از اموری که در تجارت و در راستای برآوردن نیاز انسان رواج فراوان یافته است «سفارش ساخت» و تهیه احتیاجات فرد یا جامعه از این مسیر است. این موضوع که در کتاب‌های فقهی با عنوان «استصناع» مطرح شده، پرسش‌های فراوانی را ایجاد می‌کند. لذا فقیهان با اجتهاد و استنباط باید پاسخ قابل اطمینانی را به پرسش‌های مطرح شده در این باره ارائه دهند. امروزه در تجارت و اقتصاد جهان معاصر، کارخانه‌ها و شرکت‌های بسیاری با مالکیت حقیقی یا حقوقی، اجناس و مواد فراوانی را سفارش می‌دهند و یا به عنوان سفارش، مواد و وسائل فراوانی را می‌سازند، بلکه فراتر از این،

دولت‌ها و شرکت‌های دولتی و وزارت‌خانه‌های مختلف قراردادهای سنگینی را در راستای برآوردن نیازهای جامعه خویش منعقد می‌سازند. همه این‌ها زمینه‌ساز طرح پرسش‌های بسیاری در زمینه احکام فقهی چنین قرار دادهایی می‌شود. پاره‌ای از این پرسش‌ها در رابطه با چگونگی تطابق آنچه رواج دارد با مبانی فقهی است. به‌عنوان مثال، آیا سفارش ساخت به گونه‌ای که در جامعه امروزی رخ می‌دهد از دیدگاه فقه به‌عنوان عقدی مستقل پذیرفته شده است؟ آیا می‌توان آن را مصداق عقدی از عقود مطرح در مباحث فقه قلمداد کرد؟ آیا عنوان بیع سلم یا اجاره بر همه موارد سفارش ساخت تطبیق می‌کند یا باید آن را مرکب از چند قرارداد دانست؟ جای‌گیری در «سفارش ساخت» در عناوین مختلف فقهی دارای چه آثار تکلیفی یا وضعی است؟ پاره‌ای دیگر از پرسش‌ها عبارتند از این که: آیا راه حلی برای ضمانت و لزوم پرداخت خسارت ناشی از عمل نکردن به قرار داد وجود دارد؟ آیا حکومت اسلامی و یا حاکم شرع می‌توانند دو طرف قرار داد را ملزم به انجام عمل توافق شده در قرارداد نمایند؟

با توجه به گستردگی پرسش‌های یاد شده و اهمیت و نفوذ «سفارش ساخت» در زندگی بشر و تأثیرگذاری آن بر روابط اجتماعی و اقتصادی، فقه‌پژوهان باید با موضوع‌شناسی و ژرف‌اندیشی همگام با تطابق قواعد فقهی و اصولی، نظر شریعت را از منابع اسلامی بجویند و وظیفه شرع‌مداران را مشخص نمایند.

از آن جا که این بحث به صورت مستقل در کتاب‌های فقهی بیان نشده است نوشتار حاضر بر آن است تا با بررسی و کاوش در ابواب مختلف فقه، احکام سفارش ساخت را تبیین نماید. بی‌شک چنین بحثی پایان استدلال و پژوهش در این زمینه نیست و امید است پژوهش‌گران علم فقه و حقوق آن را کامل نمایند.

### تبیین و تعریف موضوع

موضوع اصلی این کاوش «سفارش ساخت و احکام مربوط به آن» است که در فقه از آن با عنوان «استصناع» یاد می‌شود. استصناع در لغت به معنای «استصَنَّعَ الشَّيْءَ: طَلَبَ مِنْهُ أَنْ يَصْنَعَهُ لَهُ» آمده است، یعنی از کسی طلب نماید که چیزی را برایش بسازد (معلوف، 1997م: 437، ماده صنع). در تعریف اصطلاحی آن نیز گفته شده:

«الاستصناعُ هو اتفاقُّ مع اربابِ الصنائعِ علي عملِ شيءٍ مُعَيَّنٍ للمستصنِعِ كالثوبِ

والسریر والباب و غیرها و یكون العین والعمل کلاهما علی الصانع؛ استصناع توافق میان سازنده و سفارش دهنده است بر ساختن چیزی همانند لباس، تخت، در و مثل آن که کار و مواد آن برعهده سازنده است (شاهرودی، 1423ق: 36/1).

برخی دیگر با درج قیود بیشتری در صدد تبیین دقیق تر مفهوم آن بر آمده اند و عقد بودن و طلب ملکیت را نیز در آن گنجانده اند:

«المَقْصُودُ بِعَقْدِ الاستِصْناعِ أن یجیءَ طالبُ إلی صاحبِ صنعةٍ ویستملکُ منه عدداً مما یصنعهُ فیقعُ العقدُ بینهما علی أن یصنعَ له العددَ المتوافقَ علیه بثمنٍ؛ منظور از عقد استصناع این است که فردی از یک صنعت کار می خواهد که تعدادی از آن چه را که می سازد به تملیک وی در آورد، از این رو بین آن دو عقدی واقع می شود تا به قیمت معینی، سازنده تعداد مشخصی از آن را برایش بسازد (مومن قمی، 1415ق: 199).

در راستای تفهیم هرچه روشن تر مفهوم سفارش ساخت، ارائه چند مثال لازم است: مثال اول: فردی به کفاش سفارش می دهد که یک جفت کفش با مشخصات و اندازه و قیمت معین برایش تهیه کند و در بسیاری از موارد زمان تحویل را نیز معین می کند. کفاش هم این قرار را می پذیرد و تفاوتی میان پرداخت و عدم پرداخت بخشی از قیمت به عنوان بیعانه نیست.

مثال دوم: یک شرکت تهیه لباس یا کارخانه ریسندگی نخ، سفارش چند تن نخ با رنگ، کیفیت و جنس و قیمت معین می دهد که این قرارداد توسط مدیر عامل دو شرکت مورد امضا و توافق قرار می گیرد.

مثال سوم: وزیر صنایع کشوری در ضمن یک قرارداد با شرکت اتومبیل سازی کشور دیگری سفارش تعداد مشخصی از محصولات آن شرکت را می دهد که همه مشخصات لازم در قرارداد آورده شده است.

در حقوق مدنی نیز این بحث به گونه ای مطرح شده است؛ آن جا که در باره اجاره اشخاص می گوید:

درباره مطالبه کالایی که تهیه شده است باید بین حالتی که مصالح آن را اجیر خود فراهم آورده است با موردی که مواد را مستأجر به او داده تفاوت گذارد (کاتوزیان، 1378: 579).

بنابراین، اگر چه بحث مستقلی در زمینه سفارش ساخت و کار مطرح نشده است ولی در برخی از موارد اجاره مانند جایی که هم مواد وهم کار از سوی اجیر تهیه می شود و انجام می گیرد، تطبیق مبحث مذکور روشن و بدیهی است که دارای آثار ویژه ای نیز خواهد بود.

### پیشینه فقهی بحث

بررسی دیدگاه فقیهان گذشته می تواند به عنوان پیشینه پژوهش حاضر مطرح گردد، که اثر و نتیجه آن خواهد بود که آیا مبحث «سفارش ساخت» از مباحث جدید و مستحدث است یا گر چه با عنوان «استصناع» مطرح نشده است، ولی از زمان پیش نیز مطرح بوده است که در مباحث بعدی نیز دارای اثر خواهد بود. در این جا نظر چند تن از فقها ذکر می شود:

#### 1. نظر شیخ طوسی

شیخ در کتاب *الخلافا* می فرماید: «استصناع الخفاف والنعال والأواني من الخشب والصفیر والرصاص والحديد لا يجوز وبه قال الشافعي وقال ابوحنيفة: يجوز لأن الناس قد اتفقوا على ذلك دليلنا على بطلانه: انا أجمعنا على أنه لا يجب تسليمها وأنه بالخيار بين التسليم و رد الثمن والمشتري لا يلزمه قبضه، فلو كان العقد صحيحاً لما جاز ذلك. ولأن ذلك مجهول غير معلوم بالمعاينة ولا موصوف بالصفة في الذمة فيجب المنع منه»؛ سفارش ساخت کفش، نعلین و ظروف از جنس چوب، گچ و سیمان و آهن جایز نیست و شافعی نیز به عدم جواز فتوا داده است، ابوحنیفه گفته است: این امر جایز است زیرا مردمان بر آن اتفاق نظر دارند. دلیل ما بر بطلان این است که ما اجماع داریم که بر سازنده واجب نیست که آن را به مشتری تسلیم نماید، بلکه مخیر است بین این که آن را به مشتری بدهد و یا ثمن را اگر گرفته است باز گرداند؛ هم چنین مشتری نیز ملزم به گرفتن آن نیست، حال آن که چنانچه اگر عقدی صحیح بود چنین چیزی جایز نبود، به علاوه این که در آن جهل وجود دارد زیرا نه با دیدن و نه به صورت و صف در ذمه مشخص نشده است. بنابراین واجب است که آن منع را نمائیم (طوسی، بی تا: 215، مساله 32).

بنابراین، عبارات فوق شامل سه دیدگاه، شیخ، شافعی و ابوحنیفه است. هم چنین به



دو دلیل نیز در آن اشار شده است: یکی اجماعی که ملازم با باطل بودن استصناع است و دیگر مجهول بودن در عقد، که سبب بطلان آن خواهد شد. هم چنین مرحوم شیخ در کتاب مبسوط در بحث «سلم» به این بحث اشاره می کند و آن را نافذ نمی داند:

«واستصناعُ الخُفِّ والنَّعلِ والأواني من خَشَبٍ أو صَفَرٍ أو حَدِيدٍ أو رِصَاصٍ لا یجوزُ فان فَعَلَ لم یصحَّ العَقْدُ، وَكانَ بالخِيارِ إن شاء سَلَّمَهُ و إن شاء مَنَعَهُ فإن سَلَّمَهُ كانَ المِستَصنِعُ بالخِيارِ إن شاء رَدَّهُ و إن شاء قَبِلَهُ» (طوسی، بی تا، 2/ 194).

در این بیان نیز همانند کتاب خلاف، عقد استصناع را جایز نمی داند و اجرای آن را به عنوان یک عقد، صحیح نمی شمارد، و چنانچه چنین عقدی منعقد شود هر یک از طرفین در تحویل و تسلیم دارای اختیارند.

## 2. نظر شافعی در کتاب الأم

شافعی در کتاب الأم برای صحیح نبودن عقد استصناع استدلال می کند که جهل و معلوم نبودن سبب می شود که چنین عقدی جایز نباشد، بنابراین، اگر صورتی را تصویر کردیم که از این جهت مشکل نداشته باشد، حکم به جواز آن خواهد شد (ابن ادریس، 1400ق: 131/3).

## 3. نظر شمس الدین سرخسی

سرخسی در کتاب المبسوط خود، نظر صاحب مختصر محمد بن الحسن شیبانی را مبنی بر صحیح نبودن استصناع ذکر می کند، سپس در بیان دلایل آن می گوید:

«لأنَّ المُستَصنِعَ فیهِ مَبِيعٌ وَهُوَ مَعْدُومٌ وَ بَيعُ المَعْدُومِ لا یجوزُ لَنَهیهِ عَنِ بَيعِ ما لیسَ عِنْدَ الانسانِ ثُمَّ هذا فی حَکْمِ بَيعِ العَینِ، و لو كانَ مَوجوداً غَیرَ مَمْلُوكٍ لِلعاقِدِ لَمَ یَجزِ بَیعُهُ فَکَذاکَ لِلعاقِدِ لَمَ یَجزِ بَیعُهُ کَذاکَ إذا كانَ مَعْدُوماً بَلِ اُولی.» (شافعی، 1400ق: 131/3).

صاحب مختصر در بیان دلیل بطلان استصناع یک قیاس را وجه استدلال خود قرار می دهد، به این معنا که مصنوع مورد خرید قرار می گیرد و در هنگام اجرای عقد معدوم است و وجود خارجی ندارد و فروش معدوم به دلیل نهی پیامبر صلی الله علیه و آله که فرمودند: «آنچه نزد تو نیست نفروش» جایز نیست. بنابراین، بر اساس قیاس مبحث سفارش ساخت با فروش آن چه که نزد انسان وجود ندارد، این مورد نیز جایز نیست، بلکه می توان اولویت را در مورد این بحث اثبات کرد. (همان) سپس وی قیاس صاحب

مختصر را باطل می‌کند و با استناد به سیره مسلمانان از زمان حضرت رسول صلی الله علیه و آله و عدم خطای امت، بر اساس فرموده روایات نبی اکرم صلی الله علیه و آله، صحت چنین عقدی را نتیجه می‌گیرد (همان: 139).

گزارش برخی از نظرات فقیهان مثل شیخ طوسی نشان‌گر این مطلب است که پیشینه مبحث استصناع تا زمان وی و عصر صاحب مختصر پیش می‌رود، بلکه تعامل اجتماعی مردمان نیازمند طرح آن قبل از این زمان است.

پیش از ورود به بحث از دیدگاه فقه، تذکر و یادآوری این نکته ضروری است که ما در صدد تفسیر و تبیین عقد موجود در بازار و قراردادهای بین انسان‌ها، شرکت‌ها و کمپانی‌ها هستیم، تا با تحلیل آن چه رخ می‌دهد صحت و یا ناروایی آن را از دیدگاه ادله فقهی کاوش نماییم. بنابراین، توجیهاات ممکن را یادآور شده و سپس راه ممکن در انشای عقد و تأمین نظر دو طرف قرارداد را در شریعت تبیین می‌کنیم.

### توجیه اول: بیع سلم

یکی از راه‌هایی که برای توجیه عقد (استصناع، سفارش ساخت) طرح می‌شود جای دادن آن در ذیل عنوان بیع سلم است. بیع سلم بیعی است که «اشتمَل علی بیع عین موصوفه إلى أجل بئمن حال» بیعی است که مشتمل بر فروش چیزی است که هنگام عقد ویژگی‌های آن معلوم است و زمان تحویل آن نیز معین می‌شود و ثمن آن اکنون پرداخت می‌شود (ر.ک: کرکی، 1408ق: 206/4). بنابراین، در بیع سلم در هنگام اجرای عقد تملیک و تملک صورت می‌پذیرد.

### اشکال این توجیه

در سفارش ساخت متعارف، در هنگام قرارداد تملیک و تملک صورت نگرفته است. شاهد این سخن آن است که اگر سفارش دهنده از دنیا رفت سفارش گیرنده مثلاً کفش مورد سفارش را نمی‌سازد و خودش را ملزم به ساخت و تحویل آن به ورثه نمی‌داند و یا اگر مورد سفارش را انجام نداد ملزم به پرداخت ثمن المثل نیست.

برای فهم هر چه بهتر آن چه بیان شد در ادامه بحث، مسئله شرط بودن قبض در سلم را مورد بررسی قرار می‌دهیم.



## شرطیت قبض در سلم

### دلیل اول

اما مشکل اساسی این توجیه آن است که فقیهان اتفاق نظر دارند که در بیع سلم قبض ثمن در مجلس عقد برای تحقق عقد، لازم و ضروری است. همان گونه که شیخ طوسی «جماع» را دلیل برای شرطیت قبض ثمن در مجلس برشمرده است (طوسی، بی تا الف: 200/3).

وی در جای دیگر تسلیم ثمن را در مفهوم «سلم» دخیل دانسته و می گوید: «السَّلْمُ هُوَ أَنْ يَسْلِفَ عَوْضًا حَاضِرًا أَوْ فِي حَكْمِ الْحَاضِرِ فِي عَوْضٍ مَوْصُوفٍ فِي الذَّمَةِ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»؛ سلم این است که عوض حاضر یا در حکم حاضر در مقابل عوضی که وصف شده است و بر ذمه طرف مقابل می باشد تا در زمان مشخص تحویل دهد، پرداخت شود (طوسی، بی تا: 169/2).

افزون بر این، ابن زهره در کتاب الغنیه، (حلی، 1417ق، 207)، علامه در کتاب المختلف، (حلی، 1413ق: 287/5)، شهید ثانی در مسالک (عاملی، بی تا: 412/3)، محقق در الشرایع (حلی، 1409ق: 319/2)، و المختصر النافع (همو، 1410ق، 134) و ابن ادریس در السرائر (حلی، 1411ق: 243/2)، و صاحب جواهر در جواهر الکلام (نجفی، 1365: 171/23) و علامه در تذکره (حلی، بی تا: 547/1) بیان شرطیت قبض ثمن را برای تحقق عنوان «سلم» تبیین کرده اند و آن را اجماعی نزد فقیهان شیعه دانسته اند.

### اشکال به اجماع

ممکن است برخی در مقابل این اجماع اشکال کنند که چنین اجماعی کاشف دیدگاه و نظر امام معصوم نیست، چه این که احتمال دارد مستند اهل اجماع، روایات و یا برداشت از مفهوم عرفی سلم باشد؛ بنابر این «اجماع مدرکی» با محتمل المدرک قابل استناد نیست (مومن قمی، 1415ق: 219 – 220).

### جواب اشکال

با بررسی نظرات فقیهان این مطلب به دست می آید که آن ها تسالم بر لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم دارند و میان اجماع و تسالم تفاوت است. زیرا اجماع به معنای اتفاق جماعتی یا اکثریت کاشف از قول معصوم است، ولی تسالم به معنای اتفاق همه

اصحاب است به گونه‌ای که مخالف برای آن یافت نشود. بنابر این، اشکال مذکور بر اهل تسالم وارد نخواهد شد. شاهد تعریف یاد شده در بیان معنای اجماع و تسالم آمده است: «التسالمُ بین الاصحاب: إِتفَاقُ فُقَهَاءِ المَذهَبِ عَلٰی قَضِيَّةٍ أَوْ قَضَايَا مَعِينَةٍ (فتح الله، 1419ق: 109) والاجماعُ اصطلاحاً إِتفَاقُ جمَاعَةٍ مِنَ العُلَمَاءِ أَحَدُهُم المَعصُومُ. فقِوَامُ الاجماعِ أَنْ يَكشِفَ عَن رَأْيِ المَعصُومِ فِي المَسْأَلَةِ فَمَتَى مَا عَلِمَ أَنَّ المَعصُومَ أَحَدُ المُجْمَعِينَ عَلَيَّ الحِكمِ، كَانَ هَذَا الإِتفَاقُ اجماعاً شرعياً ومتى لم يَعْلَمْ ذَلِكَ لم يَعَدْ هَذَا النوع من الاتفَاقِ اجماعاً شرعياً» (همان: 30).

### دلیل دوم: عدم تحقق بیع سلم

دلیل دیگری که قبض را در بیع سلم، برای تحقق آن لازم می‌کند این است که معنای لغوی و عرفی سلم و اخبار و روایات این است که اگر ثمن در مجلس عقد بیع سلم قبض نشود «بیع سلم» تحقق نمی‌یابد، زیرا معنا ندارد که بگوید: «أسلمت یا أسلفت» حال آن که هیچ چیزی (ثمن) را به فروشنده نداده است. پس اسلاف و اسلام که از سلم و سلف گرفته شده است بدون تحقق تسلیم ثمن و عوض معنایی نخواهد داشت. بنابراین، رکن اصلی که قوام سلم و سلف را تشکیل می‌دهد اقباض همه ثمن و قبض آن هم به صورت نقد است.

در زمینه استظهار توقف تحقق مسلم بر قبض ثمن، اشاره به این سه روایت کافی است:

1. صحیح حلی: «عن ابي عبدالله عليه السلام قال: لا بأسَ بالسلمِ في الحيوانِ اذا تسميت الذي تسلمَ فيه فوصفته فان وفيته و الا فأنت أحق بدراهمك» (حر عاملی، 1412ق: 73/13). امام عليه السلام می‌فرماید: اگر حیوانی را با بیع سلم خریداری نمودی، در صورتی که فروشنده در تسلیم حیوان وصف شده وفا نکند، تو می‌توانی ثمنی را که به او پرداخته‌ای پس بگیری.

بنابراین، مفروض این است که در بیع سلم ادای ثمن رکن اصلی آن است تا در صورت تخلف از ادای آن ثمن برگشت داده شود.

2. صحیح دیگر از حلی: «عن ابي عبدالله قال: سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان و جذعان و غير ذلك إلي أجل مُسمي و قال لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم علي جميع ما عليه أن يأخذ الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها و يأخذ رأس مال ما بقي من

الغنم دراهم...» (حر عاملی، 1412ق: 32/13، ح 20).

تقریب استدلال به روایت مانند روایت قبل از آن است، با این تفاوت که امام تنها بخشی را که مورد وفا در اداء قرار نگرفته است فرض می‌کند و به همان نسبت حکم به برگشت ثمن می‌کند، بنابراین، باز هم قبض ثمن، فرض شده است و چنین برداشت می‌شود که بدون چنین قبضی سلم تحقق نمی‌یابد.

3. موثقه عبدالله بن بکیر: «قال سألتُ أبا عبدالله عن رجلٍ أسلفَ في شيءٍ يسلفُ الناسَ فيه من الثمارِ فذهبَ زمانها ولم يستوفِ سلفه، قال: فليأخذ رأسَ مالِهِ أو ليُنظره.» (حر عاملی، 1412ق: 72/13، ح 14؛ طوسی: 31، ح 19).

در این روایت نیز امام پس از فرض گذر زمان و عمل نشدن به مورد قرارداد و بیع سلم حکم به برگشت ثمن یا انتظار برای تحویل در زمان دیگر را مطرح می‌نماید. بنابراین، در این روایت قبض ثمن امری مفروغ عنه به شمار آمده است.

### اشکال این برداشت

بانگاهی ارزیابانه به برداشت فوق و در مقام ارزیاب آن می‌توان گفت دلیلی بر لزوم قبض ثمن و توقف تحقق عنوان سلم از دیدگاه عرف و لغت بر این شرط وجود ندارد و روایات یاد شده نیز لزوم چنین امری را اثبات نمی‌کند، زیرا اگرچه امام معصوم فرض پرداخت ثمن را طرح کرده است، ولی برگشت ثمن اعم از این است که در مجلس عقد گرفته شده باشد یا با فاصله زمانی ثمن را به فروشنده پرداخت کرده باشد. بنابراین، اثبات لزوم قبض برای تحقق عنوان سلم، ممکن نیست.

### دلیل سوم: نهی پیامبر از بیع دین به دین و کالی به کالی

یکی دیگر از دلیل‌هایی که می‌توان برای مدعای مطرح شده آورد نهی‌ای است که از نبی گرامی اسلام درباره بیع دین به دین یا کالی به کالی وارد شده است. طلحه بن زید در حدیث صحیحی از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که ایشان فرمودند: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا يُباع الدين بالدين» (حر عاملی، 1412ق: 64/13، ح 2؛ طوسی، پیشین: 189/6، ح 25) در منابع اهل سنت نیز همین مضمون چنین نقل شده است که رسول اکرم صلى الله عليه وآله «نهى عن بيع الكالي»

بالکالی<sup>1</sup> (حاکم نیشابوری، 1411ق: 65/2، بیهقی، 1352ق: 290/5 و 24/6).

گفته می‌شود در بیع سلم در صورتی که قبض فی المجلس صورت نگیرد، مضمول روایات فوق می‌گردد که مورد نهی رسول گرامی صلی الله علیه و آله قرار گرفته است. از این رو در بیع سلم شرط است که در مجلس عقد ثمن به فروشنده پرداخت شود.

### اشکال:

هرگاه کلی در ذمه شخصی و فردی باشد عنوان «ذین» بر آن صادق خواهد بود، بنابراین، نسیه و نقد بودن از اقسام دین بشمار می‌آید، به این معنا که در هنگام اجرای عقد بیع ممکن است ذین حال باشد در نتیجه معامله به صورت نقد صورت پذیرد و امکان دارد دین مؤجل باشد، در نتیجه معامله به صورت نسیه واقع شود.

بنابراین، اگر ظاهر دین در موردی است که دارای زمان است روایت می‌گوید بیع دین به دین که دارای اجل و زمان است باطل است. پس بر اساس این روایت تنها می‌توان گفت که «بیع سلم» به صورت نسیه صحیح نیست اما دلالتی بر قبض و عدم قبض ثمن ندارد.

افزون بر این، ظاهر خطابات و عناوین ذکر شده در آن‌ها این است که در مرتبه قبل از اجرای عقد بیع، عنوان دین بر آن صادق باشد. اگر قبل از تحقق بیع ثمن و مضمون هر دو دین باشند، بیع دین به دین تحقق می‌یابد و چون مورد نهی در روایت است باطل خواهد بود. بنابر این، اگر با اجرای عقد بیع و در طول آن دین تحقق می‌یابد چنین بیعی را دین به دین نمی‌گویند. در بیع سلم نیز اگر قبض ثمن صورت نگیرد و به عنوان دین بر ذمه مشتری باقی بماند، در حقیقت صدق عنوان دین در طول و پس از اجرای بیع سلم خواهد بود و روایت شامل آن نمی‌شود. شاهد این سخن فتوای شیخ طوسی در کتاب النهایه است: «لأبأس أن يبيع الإنسان ماله على غيره من الدُّيُونِ نقداً و يكره أن يبيع الإنسان ذلك نسيئاً و لا يجوز بيعه بدین آخر مثله» (طوسی، 1390ق: 310).

1. برای توضیح بنگرید: عاملی 1414ق: 222/3: «وهو بالهمزة بيع النسيئة بالنسيئة علي ما فسره جماعة من أهل اللغة اسم فاعل من المراقبة، كان كل واحد من المتبايعين يكلاً صاحبه، أي يراقبه لأجل ماله الذي في ذمته وفيه حينئذ اضمار، أي بيع مال الكالي بمال الكالي أو اسم مفعول كالدافع، فلا اضمار.»



شیخ در این بیان، فروش مالی را به دین که حال و نقد باشد بدون اشکال می‌داند و بیع مال را به دینی که در ذمه باشد، که نسیه بر آن صادق خواهد بود، مکروه و بیع دین به دین را غیر جایز می‌داند. بنابراین، در نظر شیخ بر بیع دین به صورت نسیه عنوان بیع دین به دین صادق نیست.

با توجه به آن چه گفته شد، صرف نظر از دلایل اخیر، تسالم فقیهان را در مشروطیت و لزوم قبض ثمن در بیع سلم پذیرفته و چنین نتیجه می‌گیریم که اگر ثمن به صورت کامل در مجلس عقد قبض نشود بیع سلم تحقق نمی‌یابد. از این رو بیع سلم توجیه مناسبی برای «سفارش ساخت» نخواهد بود، زیرا به‌طور متعارف و رایج، در عقد استصناع، ثمن قبض نمی‌شود و تنها مقداری از ثمن به عنوان بیعانه بر اساس قرار داد دریافت می‌شود. پس باید راه دیگری را برای تطبیق فقهی آن چه به‌عنوان قرارداد سفارش ساخت رایج است پیمود.

### توجیه دوم: اجاره

توضیح مطلب این که «سفارش ساخت» به عنوان اجاره تلقی گردد، به این معنا که سفارش دهنده، سفارش‌پذیر را بر عمل و ساخت وسیله‌ای معین و وصف شده اجیر می‌کند، که در این صورت لازم است موادی که کار روی آن‌ها صورت می‌گیرد ملک مشتری (سفارش دهنده) باشد تا اجاره بر آن صادق باشد. زیرا اجاره کردن اجیر برای این که در ملک خودش کاری را انجام دهد معنایی ندارد. بنابراین، اگر مواد را ملک مشتری بدانیم در صورت تلف آن در هنگام ساخت باید گفت که از مال سفارش دهنده تلف شده است؛ حال آن که در استصناع رایج تلف تا قبل از تحویل به سفارش دهنده از مال سازنده به حساب می‌آید. حتی سازنده می‌تواند این کالای آماده شده را به دیگری بفروشد و برای سفارش دهنده کالای جدید آن را بسازد. بنابراین، روشن می‌شود که مواد قبل از ساخت به سفارش دهنده تملیک نشده است.

ممکن است گفته شود که سازنده بر انجام دو کار به صورت مجموعی اجیر شده است:

1. ساخت مورد قرار داد.

2. تملیک مصنوع به سفارش دهنده.

و پاسخ این اشکال که چگونه فرد برای عمل بر ملک و مال خودش اجیر می‌شود نیز

روشن است زیرا حقیقت این اشکال، به لغو و بی‌فایده بودن چنین اجاره‌ای برای مستأجر برمی‌گردد که در مورد بحث چنین لغویت و بی‌اثری منتفی است، چه این که تحویل پس از ساخت نفع و سودی است که سفارش دهنده به خاطر آن چنین قراردادی را منعقد کرده است.

اگر گفته شود تلف قبل از تحویل از مال سازنده است به این دلیل است که وی در صورت تلف به مجموع اجاره که ساخت به اضافه تحویل بوده است، عمل نکرده و تنها به بخش اول آن، یعنی ساخت، همت گمارده است. بنابراین، باید خسارت آن را متحمل شود.

### بررسی و نقد توجیه استصناع بر اساس اجاره

در صورتی که سازنده را اجیر بر ساخت و تملیک و تسلیم آن را به سفارش دهنده به عنوان شرط بدانیم، در چنین صورتی اشکال خواهد شد که حکم در تخلف از شرط این است که طرف مقابل دارای اختیار فسخ عقد است، ولی باید اجرت المثل را در صورت فسخ به عامل بپردازد. به عنوان مثال، اگر فردی را برای نقاشی خانه‌ای اجیر نمایند و به او بگویند که تنها از رنگ روشن در نقاشی استفاده کند، ولی نقاش از چنین عملی تخلف ورزد و با رنگ تیره نقاشی را انجام دهد، در اینجا چنین قراری در هنگام عقد به دو گونه متصور است:

اول این که چنین قیدی جزئی از اجاره باشد، بنابراین مستأجر می‌تواند عقد اجاره را که در جزئی از آن تخلف شده است فسخ کند و ضامن کار و عمل اجیر هم نخواهد بود.

دوم این که چنین قراری به عنوان شرط ضمن عقد صورت گیرد. بنابراین نقاش اجیر بر عمل نقاشی شده است که در ضمن آن شرط شده است که از چنین رنگی استفاده نماید. بنابراین، در صورت تخلف از شرط، صاحب کار می‌تواند اجاره را فسخ کند، ولی با این تفاوت که در این صورت باید اجرةالمثل عمل نقاش را به او بپردازد.

بنابراین، باید اجاره را مجموع ساخت، تملیک و تسلیم بدانیم. آیا این وجه می‌تواند توجیه مناسبی برای آنچه در قراردادهای سفارش ساخت انجام می‌شود، باشد؟

### اشکال

برخی بر این وجه اشکال کرده‌اند که در این صورت «استصناع» مرکب از



دو عقد و یک اجاره است، حال آن که اجاره بر تملیک و مانند آن معنا ندارد، زیرا تملیک دارای مالیت و ارزشی مستقل از آن چه به عنوان ملک مورد بیع قرار می گیرد، نیست: «مضافاً إلى أن هذا يستلزم وجود عقد وتمليك آخر زائداً على الايجار الأول فيكون الاستصناع مركباً من عقدين لايجاراً محضاً. لاتصح الاجارة على التمليك ونحوه، فإن عمل التمليك لامالية له مستقلاً عن العين المملوكة وإلا أمكن ارجاع كل بيع إلى إجارة على التمليك وهو واضح البطلان» (شاهرودی، پیشین: 53).

### جواب این اشکال

با تحقیق و تأمل در سخن فوق، آن را دارای دو نکته مهم می یابیم:

اول این که تملیک دارای مالیت نیست. این مطلب برگرفته از سخن مرحوم صدر است که در کتاب بانک بدون ربا، می فرماید: «ليس عندنا في نظر العقلاء الامامية واحدة وهي مالية المال المقترض... و بناءً على ذلك لاتصح الجعالة على الإقراض» در نظر ما از دیدگاه عقلا تنها مالیت برای مالی است که به قرض داده می شود، (عمل اقراض دارای مالیت مستقلة نیست)... بنابراین جعاله بر اقراض صحیح نیست (صدر، 1401ق: 167، 168).

در جواب به این اشکال می گوییم: دلیلی بر لزوم مالیت مورد جعاله و اجاره وجود ندارد، بلکه تنها همین مقدار که غرض عقلائی به آن تعلق گیرد کافی است. افزون بر این، بر فرض لزوم مالیت در بحث «جعاله» به سبب ارائه ضمان و غرامت، چنین شرطی در «اجاره» ثابت است.

دوم این که سخن یاد شده در این باره است که در این صورت عقد، مرکب از چند عقد است. جواب این اشکال نیز واضح است؛ زیرا ملاک و تراز مرکب بودن عقد این است که چند عقد در عرض هم و در یک ردیف قرار گیرد، حال آن که در موضوع مورد بحث چنین امری رخ نمی دهد بلکه مجموع در طول عقد استصناع است. پس اگر استصناع را اجاره فرض کردیم بقیه اجزا در طول آن خواهند بود، بنابراین، یک عقد بیشتر نیست که در ضمن خود به صورت طولی دارای اجزایی است که یکی از آن اجزا، تملیک است.

عمده ترین اشکال توجیه سفارش ساخت بر اساس «اجاره» این است که آن چه در



میان مردمان به عنوان قرار داد سفارش ساخت انجام می‌شود مطابق با اجاره نیست و چنین اعمالی (مثل تملیک) در ضمن آن انجام نمی‌شود و سفارش دهنده، سفارش گیرنده را اجیر خود نمی‌داند و در هنگام تحویل کالا پول را در مقابل آن می‌پردازد، نه آن که بگوید در مقابل سه عمل ساخت، تملیک و تحویل این عوض را پرداخت می‌کنم.

### توجیه سوم: ترکیب وکالت و اجاره

سفارش دهنده سازنده را برای ساخت مورد قرارداد اجیر می‌کند، هم‌چنین به او وکالت می‌دهد که مواد لازم را برای او خریداری نماید و به او تملیک کند و در این که مواد را از دیگران خریداری نماید یا خودش آن مواد را به عنوان فروشنده به سفارش دهنده بفروشد، فرقی نیست و تأثیری بر وکالت وی نخواهد داشت. بنابراین، لزوم عقد برگرفته از اجاره بودن این عقد است، زیرا وکالت لزوم آور نیست و الزامی برای وکیل ایجاد نمی‌کند، بلکه اگر چه وکالت به تنهایی جایز باشد ولی وقتی که در ضمن عقد لازمی به عنوان شرط قرار گیرد وفای به آن لازم است. زیرا شرط و مشروط به صورت مجموعی یک عقد است و لزوم وفا دارد. بنابراین، وکالت از حیث و جهت وکالت جایز و قابل عزل است ولی از این حیث که شرط نتیجه عقدی قرار گرفته است اوفوا بالعقود آن را در بر می‌گیرد و لازم خواهد بود.

به دیگر عبارت، جواز وکالت عنوان اولیه وکالت است ولی «المؤمنون عند شروطهم» عنوان ثانوی است و در تعارض میان این دو، عنوان ثانوی به حکم توفیقی عرفی مقدم است. برخلاف نظر مرحوم آیت الله خوئی که بازگشت چنین شرطی را به اصل عقد می‌داند، بنابراین آنچه انشا شده است خلاف کتاب و سنت خواهد بود، در نتیجه وکالت در ضمن اجاره هم لازم نمی‌شود (خوئی، بی تا: 233/4 - 234). افزون بر این، پرسش دیگری که در این توجیه طرح می‌شود این است که آیا وکالت در ضمن چنین عقدی لازم و الزامی است؟

### وکالت به صورت شرط فعل یا شرط نتیجه

از آن جا که در این توجیه وکالت در ضمن عقد اجاره واقع می‌شود، چگونگی این وکالت، یعنی اعتبار آن، به صورت شرط فعل و شرط نتیجه دارای آثار و تفاوت‌هایی خواهد بود، که پیش از تعیین آن باید تعریف شرط فعل و شرط نتیجه روشن شود.

مرحوم آقای خوبی در مصباح الفقاهه شرط را به سه قسم تقسیم کرده و می‌فرماید: «الاول: شرط الفعل بأن يشترط أحد المتعاملين على الآخر ايجاد فعل أو تركه. والقسم الثاني: هو شرط الصفة بأن يشترط المشتري على البائع كون العبد كاتباً أو كون الحنطة أبيض... القسم الثالث من الشرط هو شرط النتيجة و شرط تحقق أمر بنفس العقد و ذلك كاشتراط تحقق أمر اعتباري في العقد...» شرط فعل این است که یکی از دو سوی معامله شرط کند که دیگری کاری را انجام دهد یا ترک کند. و قسم دوم از شرط شرط صفت است. مثل این که مشتری بر فروشنده شرط کند که عبد مورد معامله نویسنده باشد و یا گندم مورد خرید سفید باشد... قسم سوم از شرط، شرط نتیجه است و آن شرط، تحقق امری به عقد است مثل شرط کردن تحقق امری اعتباری در عقد... (همان: 359/7 - 360).

### نظر مرحوم آیت‌الله گلپایگانی

مرحوم آیت‌الله گلپایگانی می‌فرماید: عقود اذنی هیچ‌گاه لازم نمی‌شود و عقد وکالت از این‌گونه عقود است که اگر چه در ضمن عقد هم واقع شود، باز هم جایز خواهد بود و به خاطر عقد لازم دیگر و شرطیت بر آن هم از جواز خارج نمی‌گردد. «لأن العقود الإذنية لا تلزم أبداً... نظير الوكالة، فإنها عقد جائز... و يصح عزل الوكيل منها مطلقاً، لأنها عقد إذني (وإن كان يحرم على الموكل ذلك تكليفاً)...» زیرا عقود اذنی هیچ‌گاه لازم نمی‌شوند... همانند وکالت که عقدی جایز است و صحیح است عزل وکیل از وکالت، زیرا عقدی اذنی است (اگر چه عزل وکیل از سوی موکل تکلیفاً حرام است)... (گلپایگانی، 1399 ق: 1/175).

سپس در ادامه در مبحث «اباحه تصرف» می‌فرماید: «اللهم إلهي القول بأن العقود الإذنية إن أنشأت في ضمن عقد لازم لزمّت وهو قول ليس بالقوي...» مگر این که گفته شود که عقود اذنیه اگر در ضمن عقد لازم دیگری انشا شوند لازم می‌شوند ولی این قول قوی نیست... (همان: 176).

### نظر مرحوم آیت‌الله خوبی

از دیدگاه مرحوم آقای خوبی اگر وکالت به صورت شرط نتیجه در متن عقد لازم دیگری لحاظ شود لازم خواهد شد، زیرا چنین وکالتی به خاطر نفوذ شرطی که

محکوم به لزوم خواهد بود از توابع عقد لازم است و لزوم آن نیز از شئون و مقتضیات لزوم عقد است، چه این که آن چه دلالت بر لزوم اصل عقد می کند دلالت بر لزوم شروط ضمن آن نیز می نماید؛ سپس ایشان در نتیجه گیری این بحث می فرماید: «فإذا كان الشرط هو الوكالة فلا جرم كانت لازمة بتبع لزوم أصل العقد فالوكالة وإن كانت في نفسها من العقود الجائزة إلا أنه لا تنافي بين الجواز الطبيعي وبين اللزوم العرضي الناشئ من قبل الوقوع في ضمن عقد لازم و اشتراط فيه، فليس للمؤجر عزله عن الوكالة في المقام»، بنابراین وقتی که وکالت شرط در ضمن عقد لازم شد، پس به تبعیت لزوم اصل عقد لازم خواهد بود. پس اگر چه به خودی خود از عقود جایز است ولی این طبع اولی با لزومی که به جهت قرار گرفتن آن در ضمن عقد، لازم و اشتراط آن بر آن عارض شده است، ندارد، پس مؤجر نمی تواند او را عزل نماید (خویی، پیشین: 467 - 468).

بنابراین، همان گونه که ادله لزوم وفا به بیع، اجاره و مانند آن این ها را لازم می کند و شامل شرط نتیجه در ضمن آن ها می شود و آن ها را نیز لازم می کند و منافاتی میان جواز طبعی آن ها و لزوم آن ها پس از قرار گرفتن شرط ضمن عقد نیست. این دیدگاه از سوی فقهای هم چون صاحب عروه و حضرت امام خمینی نیز مورد تأیید و تأکید قرار گرفته است.

### ادله جواز یا لزوم وکالت در ضمن عقد لازم

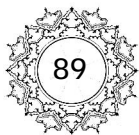
بر اساس دیدگاه حضرت امام خمینی، صاحب عروه و مرحوم آقای خویی و بسیاری دیگر از فقیهان، وکالت در ضمن عقد لازم، از جواز طبعی خویش خارج می شود و به تبعیت از اصل عقد، لازم خواهد بود. از این رو برای تمامیت این سخن و اطمینان به آن و در نتیجه اثبات این توجیه استصناع از جهت فنی و قواعد علم فقه و اصول به این پرسش نیز باید جواب قابل اطمینان ارائه کنیم که: «ادله جواز وکالت دارای اطلاق است و شامل وکالت به صورت شرط نتیجه هم می شود، بنابراین، اگر به گونه ای شرط صورت گیرد که آن عقد وکالت را که در بیان ادله جایز بوده لازم و غیر قابل عزل گرداند، این شرط مخالف سنت است چه این که مضمون آن ادله «الوكالة قابلة للعزل» را اثبات کرد و این شرطیت عدم قبول عزل را نتیجه داد، پس چنین شرطی

به دلیل مخالفت با سنت صحیح نیست.»

در راستای پاسخ به پرسش فوق در ابتدا باید ادله روایی جواز وکالت را بررسی کنیم تا روشن شود که آیا دلایل روایی وکالت نسبت به جواز مطلق است و در صورت اطلاق، آیا تبدیل آن به لزوم در ضمن عقد لازم، خلاف سنت هست یا خیر.

### ادله روایی جواز وکالت

1. صحیحہ معاویة بن وهب: «عن معاویة بن وهب عن أبي عبدالله إنه قال: مَنْ وَكَّلَ رجلاً على إمضاء أمرٍ من الأمور فالوكالة ثابتةٌ أبداً حتّى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها»؛ هر کس فردی را وکیل در امضای امری نماید پس وکالت ثابت است تا وقتی که موکل اعلام نماید که وکیل نیست، همان‌گونه که به او اعلام وکالت کرده است» (حر عاملی، بی تا: 285/13، کتاب الوکاله، باب 1، ح 1).
2. صحیحہ هشام بن سالم: «عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلٍ وكَّلَ آخرَ على وكالةٍ في أمرٍ من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين... قلتُ فإنَّ الوكيلَ أمضي الأمرَ قبل أن يعلم العزلَ أو يبلغه أنه عزَّلَ عن الوكالةِ فالأمرُ على ما أمضاهُ قال نعم... والوكالةُ ثابتةٌ حتّى يبلغه العزلُ عن الوكالةِ بثقةٍ يبلغه أو يشافههُ العزلُ عن الوكالةِ»؛ از امام صادق عليه السلام در باره فردی که دیگری را وکیل در امری می‌کند و بر این وکالت دو شاهد می‌گیرد... پرسیدم پس وکیل قبل از این که علم به عزل داشته باشد یا خبر عزل به او برسد امر را امضا کرد، آیا امضای وکیل معتبر است؟ حضرت فرمود: بله... تا وقتی که به واسطه ثقه یا به صورت شفاهی عزل وکیل به او اعلام نشده است وکالت ثابت خواهد بود (همان: 286، باب 2، ح 1).
3. صحیحہ علا بن سیاب: «عن العلا بن سیاب قال سألت أبا عبدالله عن امرأةٍ وكَّلت رجلاً بأن يزوجهَا من رجلٍ فقيلَ الوكالةُ. فأشهدت له بذلك... فقال تشهدون أنها أعلمتُه بالعزلِ كما أعلمتُه الوكالةَ؟ فقالوا: لا قال: أيُّ الوكالةِ ثابتةٌ والنكاحُ واقعاً...»؛ علا بن سیاب می‌گوید: از امام صادق عليه السلام سؤال کردم درباره زنی که مردی را برای ازدواج وی با مردی وکیل نماید و بر این وکالت شاهد بگیرد... (آن مرد به وکالت عمل کرد و زن گفت: او را عزل کرده بودم) امام فرمودند: آیا شهود بر اعلام زن به عزل وکیل شهادت می‌دهند (کما این که اعلام وکالت بر او



نمود؟) گفتند: خیر. امام فرمودند: وکالت ثابت و نکاح واقع است... (همان: 286، باب 2، ح 2).

برای بررسی هر چه بهتر روایات یاد شده بحث را در دو مقام طرح می‌کنیم:

**مقام اول:** آیا این روایات به صورت مطلق وکالت را جایز می‌دانند؟

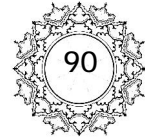
در پاسخ این پرسش باید گفت: روایات پیش گفته دارای اطلاق نیست تا وکالت به صورت شرط نتیجه را هم در برگیرد، زیرا این روایات در مقام بیان حکمی مستقل است که عبارت است از این که با وقوع عزل از سوی موکل، وکالت زایل نمی‌شود، بلکه زمانی وکالت از بین می‌رود که خبر عزل به گونه‌ای معتبر به صورت مشافه‌ی یا توسط ثقه به وکیل برسد. بنابراین، توسعه در حکم ایجاد می‌کند و نسبت به زمانی که عزل واقعی صورت گیرد ولی رسیدن خبر انجام نشود، وکالت را باقی می‌داند.

به عبارت دیگر، مفهوم این روایات چنین است: در مواردی که وکالت قابل عزل است با واقع عزل، وکیل منعزل نمی‌شود، بلکه علاوه بر عزل، نیازمند رسیدن خبر عزل به وکیل نیز هست، بلکه کمترین نکته‌ای که می‌توان گفت این است که در صورت شک نیز ظهور تصویری این روایات مختل می‌شود، و تمسک به اطلاق فرع احراز ظهور تصویری اطلاق است، چه این که با عدم احراز ظهور تصویری، جایی برای مقدمات حکمت تصدیقی باقی نخواهد ماند.

اشکال دوم به اطلاق روایات: ارتکاز عقلا بر این است که اگر وکالت به صورت شرط نتیجه قرار گیرد وکالت را حق وکیل می‌دانند و حق عزل را از موکل تضييع حق وکیل بشمار می‌آورند. بنابراین، بر فرض اطلاق روایات این چنین ارتکازی سبب انصراف اطلاقات می‌شود، زیرا ارتکاز عقلا به مثابه قرینه متصله است و سبب انصراف خطاب خواهد شد.

مؤید سخن فوق این است که شارع فرموده است: شهادت دو فرد عادل برای اثبات رؤیت هلال کافی است، اگر دو فردی که دارای عدالت هستند کثیر السهو و دارای ضریب خطا و اشتباه بسیار باشند عرف به شهادت این دو اکتفا نمی‌کند، زیرا ارتکاز عقلا سبب انصراف خطاب از این افراد خواهد شد.

**مقام دوم:** بر فرض وجود اطلاق و تقیید: ارتکاز عقلا این است که اگر وکالت به



صورت شرط نتیجه قرار گیرد و کالت را حق و کیل می‌دانند و حق عزل را از موکل تزییع حق و کیل به شمار می‌آورند. بنابراین، بر فرض اطلاق روایات یاد شده، این چنین ارتکازی سبب انصراف اطلاعات می‌شود، زیرا ارتکاز عقلا به مثابه قرینه متصله است و سبب انصراف خطاب خواهد شد.

برای تأیید سخن فوق مثالی آورده می‌شود: اگر شارع مقدس فرمود: شهادت دو فرد عادل برای اثبات رؤیت هلال کافی است، چنانچه دو فردی که دارای عدالت هستند ولی کثیر السهو و دارای ضریب خطا و اشتباه بسیار باشند، عرف به شهادت این دو فرد اکتفا نمی‌کند، زیرا ارتکاز عقلا سبب انصراف خطاب از این دو نفر خواهد شد. افزون بر این، حتی شک در وجود ارتکاز عقلایی برای اجمال خطاب کافی است. در حقیقت، همین که احتمال می‌دهیم ارتکاز عقلایی بوده است یعنی بر خلاف اطلاق احتمال قرینه متصله می‌دهیم و نمی‌توان گفت که این قرینه محتمله مانع تمسک از ظهور نیست و با جعل عدم رفع می‌شود، زیرا اگر احتمال قرینه متصله به این باشد که ما احتمال قرینه متصله لفظیه بدهیم یا احتمال قرینه متصله حالیه به شخصیه بدهیم، سکوت راوی این احتمال را نفی می‌کند ولی در قرینه متصله حالیه نوعیه، راوی نیازی به بیان آن نمی‌دیده است. بنابراین سکوت او این قرینه را نفی نمی‌کند.

### تعارض أوفوا بالعقود وادله جواز وکالت

به نظر صحیح، وکالت اگر قابل عزل هم باشد منافات با اطلاق منشأ ندارد. این فرد در مقام انشا وکالت مطلقه‌ای را انشا می‌کند که شامل بعد از عزل هم می‌شود. این اطلاق عرفاً مخالف کتاب و سنت است، زیرا فرق است بین این امر و تصریح به عموم که می‌گفت «أنت وکیلٌ فی الطلاقِ قبلَ عزلي وبعده عزلي». از نگاه عرف این سخن تصریحی مخالف با کتاب و سنت است. اما اگر وکالت را به صورت مطلق آورد چون اطلاق مؤنه زایده نمی‌خواهد و عرف آن را مخالف کتاب و سنت نمی‌داند، پس «أوفوا بالعقود» شامل این شرط وکالت هم می‌شود و اگر دلیل «الوکالة جایزة» و «أوفوا بالعقود» عموم من وجه باشند در صورت تعارض میان آن دو در حقیقت تعارض میان خیر واحد و کتاب است که کتاب مقدم خواهد بود.

بر فرض تعارض «أوفوا بالعقود» و «الوکالة جایزة» و تساقط آن دو بنا بر نظر مشهور

رجوع به استصحاب بقای و کالت می‌شود و چون به رافع بودن این عزل شک داریم، حتی بر اساس مبنای مرحوم نائینی و شیخ انصاری هم این استصحاب جاری است. اما بر مبنای مرحوم آیت الله خوئی که استصحاب بقای حکم جاری نمی‌شود، این استصحاب در مورد بحث جریان نمی‌یابد.

راه دیگر: اگر چه بین «المؤمنون عند شروطهم» و بین «الوكالة جائزة» نسبت عموم و خصوص من وجهه است ولی «المؤمنون عند شروطهم» عنوان ثانوی است و «الوكالة جائزة» عنوان اولی است و توفیق عرفی اقتضا می‌کند که عنوان ثانوی مقدم بر عنوان اولی باشد.

### نتیجه گیری

بر اساس آن چه گذشت و کالت در ضمن عقد اجاره لازم می‌شود، ولی مشکل این توجیه عدم تطابق آن است با آن چه متعارف و رایج می‌باشد. زیرا لازمه این تخریح این است که صانع همان مواد را برای مستصنع خریداری می‌کند و بعد عمل ساخت را روی آن انجام می‌دهد. نتیجه‌اش این است که اگر مواد تلف شود یا مصنوع قبل از تحویل و تسلیم به مستصنع تلف شود از ملک صانع تلف شده است و اگر وکیل در تملیک متأخر و بعد از ساخت باشد اشکالش این است که در هنگام تحویل، مستصنع حاضر است و نیازی به وکالت صانع از او نیست و خود مستصنع آن را تملک می‌کند.

### توجیه چهارم: بیع شخصی معدوم

توجیه دیگری که برای استصناع ارائه می‌شود این است که استصناع خرید و فروش مبیع شخصی معدوم باشد، یعنی همان طور که پیش خرید آپارتمان با مشخصات معین صورت می‌گیرد، مصنوعی هم که مورد سفارش ساخت قرار می‌گیرد همان معدوم شخصی است که تنها وصف آن صورت گرفته است.

### اشکالات این توجیه

اشکال اول: چنین توجیهی اشکالش این است که وجوب ساخت بر صانع نمی‌آورد، زیرا تعهدی به ساخت نیست. بلکه او فروخته است آن چه را که اکنون معدوم است و وظیفه تحویل بعد از تحقق است و چنان چه آن معدوم در خارج محقق نشود بیعی هم وجود نخواهد داشت، حال آن که در عقد استصناع ملزم به ساخت و مستصنع ملزم به





تحویل و پرداخت اجرت است.

از دید نویسنده این اشکال وارد نیست زیرا همان گونه که در توجیه بعدی خواهد آمد همان ادله‌ای که در آن توجیه صانع را ملزم به ساخت می‌کند در اینجا هم ضمیمه می‌شود و آن الزام را ایجاد می‌کند. البته این نکته قابل قبول است که بیع معدوم مورد پذیرش فقیهان نیست. حضرت امام خمینی بیع معدوم را غیر معقول می‌داند (خمینی، 1410ق: 4/ 84 و 451) و حضرت آیت الله خوئی وجود مبیع را در تحقق بیع دخیل می‌داند و می‌فرماید: «وبعبارةٍ أخرى أنّ وجودَ المبیعِ دخیلٌ فی تحقّقِ البیعِ فی اعتبارِ العقلاءِ فَمَعَ العِلْمَ بَعْدَ المبیعِ لَا یَقَعُ علیه البیعُ فَإِنَّهُ مِنْ قَبیلِ المَعْدُومِ فلا یعتبرونَ البیعَ الواقعَ علی المَعْدُومِ بیعاً فی نَظَرِهِمْ»؛ به دیگر عبارت، وجود مبیع در نظر عقلا در تحقق بیع دخیل است. پس با علم به عدم مبیع، بیع بر آن قرار نمی‌گیرد زیرا از قبیل معدوم است و عقلا بیع واقع بر معدوم را بیع بشمار نمی‌آورند (خوئی، پیشین: 430/5).

بنابراین، اشکال‌هایی که بر بیع معدوم وارد شده است به این توجیه نیز متوجه است. اشکال دوم: بیع شخصی معدوم مستلزم تعلیق است، زیرا معلق بر وجود می‌باشد. به این معنا که بر فرض و تقدیر وجود آن مبیع، مالک آن است. و تعلیق به اجماع فقیهان باطل است: «فهو معاملةٌ تعلیقیةٌ فی حکمِ بالبطلانِ إجماعاً» (همان: 78/7) و تعلیق از جهت این که انشای فعلی است و منشأ استقبالی است مانند وصیت است، ولی تعلیق باطل است اما صحت آن در وصیت به دلیل خاص در این باب است (همان: 545/7) و وفا در عقود تعلیقی متصور نیست و دلیل آیه «أوفوا بالعقود» شامل آن نمی‌شود (همان: 336/7). در نتیجه، این توجیه نیز توجیه مناسبی برای استصناع نخواهد بود.

### توجیه پنجم: تعهد الزامی از سوی دو طرف

یکی دیگر از توجیه‌هایی که در باب بحث حاضر مطرح شده یا امکان طرح دارد مربوط به مسئله تعهدات طرفین است. در این توجیه صانع خود را متعهد و ملزم به ساخت و عرضه برای بیع می‌بیند، مستصنع هم متعهد و ملزم بر خریدن است، یعنی وجوب وفا برای هر دو طرف وجود دارد. پس هر یک نسبت به مورد قرارداد موظف و ملزم است و نیازی نیست که در هنگام اجرای عقد نرخ را مشخص کنند بلکه به نرخ روز تحویل، قرار داد را منعقد می‌سازند، همان گونه که متعارف و رایج نیز چنین است.



### مشکل این توجیه

مشکل این توجیه این است که چگونه می‌توانیم اثبات کنیم که تعهد متقابل به عمل خاص، عقد والزام آور است؟ فرق آن با تواعد صرف چیست؟ مثل این که دو نفر با یکدیگر قرار می‌گذارند که هر هفته یکی در خانه دیگری حاضر شود. این صرف وعده‌ای است که عموم فقیهان آن واجب العمل نمی‌دانند. افزون بر این که بر فرض ثبوت وجوب وفا به وعده حق آور نیست، به این معنا که در دادگاه شکایت موعود له را نمی‌پذیرند. بلکه یک تکلیف است که مخالفت با آن معصیت است. البته کسانی چون آیت‌الله سیستانی نسبت به وجوب وفای به وعده احتیاط واجب می‌نمایند (سیستانی، 1416ق: 15/2).

### ملاک تشخیص عقد

ملاک تشخیص عقد این است که در عقد هر یک از دو طرف حق را برای طرف دیگر اعتبار می‌کند، زیرا گاهی ملتزم به عملی می‌شویم که صرف وعده و بدون اعتبار حقی است و گاهی این التزام را به طرف مقابل تملیک می‌کنیم. یعنی طرف مقابل را صاحب حق اعتبار می‌کنیم.

فقیهان مزارعه و مساقات را التزام عمل می‌دانند بر خلاف اجاره که تملیک بر عمل است ولی مزارعه و مساقات هم عقد است، زیرا در مزارعه عامل و صاحب زمین را بر خودش نسبت به عمل زرع صاحب حق اعتبار می‌کند و التزامش را تملیک به وی می‌نماید. بنابراین، در بحث حاضر هم تعهد بر عمل از سوی صانع و از سوی مستصنع برای خرید آن مصنوع این گونه تعهدی الزام آور دارند. نظیر چنین تعهد الزام آوری توسط حضرت آیت‌الله خویی در بحث نکاح مطرح شده است: «لو صالحها علی أن یربئها المدة وأن لا تتزوج بفلان صح الصلح ووجب علیه الإبراء فإن إمتنع أجبره الحاكم فإن تعدد فؤلاه الحاكم ولا يجوز لها أن تتزوج بفلان لكنها إن تزوجت به صح التزویج وإن كانت المصالحة علی أن تتزوج فلان وجب ذلك علیها فإن إمتنع أجبرها الحاكم فإن تعدد إجبارها زوجها الحاكم منه ولو صالحها علی أن تكون بریئة من المدة بنحو شرط النتيجة صحت المصالحة ولو أبرأها معلقاً علی شيء مثل أن لا تتزوج من فلان مثلاً أو مطلقاً بطل الإبراء» (خویی، پیشین: 273/2، مسأله 1309).

در نظر ایشان در عقد متعه، چنانچه زن و شوهر با یکدیگر مصالح نمایند که مرد

مدت باقی مانده را ببخشد و در مقابل، زن با فردی مشخص ازدواج نکند بر هر یک از آن دو لازم است که به مورد صلح عمل کند و چنانچه از آن سرباز زند حاکم می‌تواند آن‌ها را اجبار نماید. در عقد استصناع هم التزام به عمل از سوی دو طرف قرار داد، مصداق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/1) و «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا» (اسراء/34) می‌باشد و باید به آن عمل کنند.

### عقد اذنی یا عهدی

همان‌طور که در مزارعه و مساقات گفته شده است، انشای این‌ها به دو گونه است: عهدیه و اذنیه. آن که وجوب وفا دارد عهدیه است. تعریف عقد اذنی و عهدی چنین آمده است: «والعقودُ علی أقسامٍ ثلاثٍ: عقودُ اذنیةٌ و عهدیةٌ و هی علی قسَمَینِ: تعلیقیةٌ و تنجیزیةٌ، اما الإذنیةُ فِهی عقودُ باصطلاحِ الفقهاءِ لا بالمعنی اللُّغوی و العُرفی لأنَّ معنی العَقدِ لَعَّةٌ و عُرْفًا هُوَ العَهدُ المُؤکَّدُ (طریحی، بی تا: 103/3، ماده عقد). و ما یكونُ فیهِ إلتزامٌ و إلتزامٌ و أما العقودُ الأذنیةُ فتُسمی عقوداً؛ لأنَّها ترتبطُ بشخص لا أنَّ فیها عهداً و عقداً فقولهُ عزَّوجلَّ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لا یَشملُ هذِهِ العقودِ، لخروجِها عنه تخصصاً...» (نجفی خوانساری، 1418 ق: 90/1 - 89).

### اشکال به دلالت آیه بر استصناع

ممکن است گفته شود که آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ناظر به عقود متعارف است که در زمان نزول آیه وجود داشته و رایج بوده است، پس این گونه معاملات شامل قرار دادهای جدید نمی‌شود.

### پاسخ این اشکال

چنانچه این قراردادهای جدید و حادث نیز در ذیل عنوان عقد قرار گیرد و قرار مؤکد بر آن صادق باشد و عقلاً آن را عقد بدانند، این کافی است که دلیل وجوب وفا شامل آن هم شود. افزون بر این که همان‌طور که در پیشینه بحث استصناع گذشت استصناع امر حادثی نیست بلکه در زمان‌های سابق نیز وجود داشته است. تنها تفاوت زمان حاضر با زمان‌های پیشین در مقدار و نسبت قراردادهای استصناع است (مومن قمی، پیشین: 220، 221).

بر اساس آنچه گذشت «عقد استصناع» نیز به دو گونه اجرا می‌شود: عهدی و اذنی.

استصناع اذنی در حقیقت عقد نیست، بلکه به مجاز به آن عقد گفته می‌شود. ولی استصناع عهدی، عقدی الزام آور است که وفا به آن واجب است.

اکنون این پرسش مطرح می‌شود که آیا وجوب وفا تنها یک حکم تکلیفی است یا افزون بر لزوم وفا مشتمل بر حکم وضعی، مثل ضمان دو طرف قرارداد، نیز می‌شود. با اثبات فرض اخیر، تطابق آن با استصناع رایج روشن می‌شود.

### راه حل

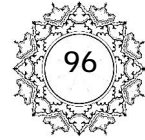
ممکن است گفته شود بر طبق مسلک کسانی مثل مرحوم صدر، که طرف مقابل را مالک التزام به عمل می‌دانند، هر یک از دو طرف با عمل نکردن به تعهد و التزام در حقیقت ملک دیگری را تلف کرده‌اند و ضامن قیمت التزام هستند و قیمت التزام تابع قیمت و ارزش آن عمل ملتزم به است.

### اشکال این راه حل

به نظر می‌رسد این راه حل قابل پذیرش نیست، زیرا اگر چه ما طرف مقابل را صاحب حق، اعتبار می‌کنیم ولی این عمل از دیدگاه عرف مال نیست تا با عمل نکردن به آن مال او تلف شده باشد و ضمان ایجاد نماید بلکه تنها تضييع حق است.

ممکن است راه حل را از باب امر به عمل و امر به تلف ارائه کنیم، چنانچه شخص سفارش تهیه شیرینی را به مقداری مشخص برای زمان معینی به سازنده آن داده، ولی در زمان معین برای تحویل آن اقدام نکرده و مصنوع فاسد و تلف شده می‌توان از راه امر به عمل، وی را ضامن خسارت وارده بر قنات دانست، البته این نکته قابل ذکر است که اگر امر آمر به عملی باشد که عنوان مقوم مال تغییر کند مثل این که مالک پیش از این مالک شکر و آرد بود، با امر و طلب طرف مقابل عنوان دیگری یافته است یا بذر را تبدیل به درخت نماید ضامن کل آن است، ولی اگر عنوان مقوم عوض نشده باشد ضمانت مهمی نخواهد داشت.

پس از بررسی راه‌های فوق، روایاتی مطرح می‌شود که مضمون آن‌ها دلیل است بر این که قبل از خرید و تهیه کالا اگر دو سوی مقابله ملزم باشند و دارای اختیار نباشند، عقد جایز نیست. پس در استصناع که صانع و مستصنع ملزم به عمل به مورد قرارداد خویش هستند، به واسطه این روایات مورد نهی هستند.



برخی از آن روایات عبارتند از:

1. صحیحہ محمد بن مسلم: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَتَاهُ رَجُلٌ فَقَالَ ابْتَعْ لِي مَتَاعًا لِعَلِّي أَشْتَرِيهِ مِنْكَ بِنَقْدٍ أَوْ نَسِيئَةٍ فَاِبْتَاعَهُ الرَّجُلُ مِنْ أَجَلِهِ قَالَ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ إِنَّمَا يَشْتَرِيهِ مِنْهُ بَعْدَ مَا يَمْلِكُهُ» (حر عاملی، پیشین: 50/18 - 51، ابواب العقود، باب 18، ح 8).

بر اساس مفاد این حدیث قبل از تملک، بایع حق فروش نخواهد داشت بلکه پس از آن که آن متاع را مالک شد آن را به طرف مقابل که قبلاً گفته بود برای خریداری شود، می‌فروشد.

2. صحیحہ معاویه بن عمار: «عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ الرَّجُلُ يَجِئُنِي يَطْلُبُ الْمَتَاعَ الْحَرِيرَ وَ لَيْسَ عِنْدِي مِنْهُ شَيْءٌ فَيَقُولُنِي وَأَقُولُهُ فِي الرَّبْحِ وَ الْأَجَلِ حَتَّى يَجْتَمِعَ عَلَيَّ شَيْءٌ ثُمَّ أَذْهَبُ فَأَشْتَرِي لَهُ الْحَرِيرَ وَ أَدْعُوهُ إِلَيْهِ فَقَالَ أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ بَيْعًا هُوَ أَحَبُّ إِلَيْهِ مِمَّا عِنْدَكَ أَسْتَطِيعُ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَيْهِ وَ يَدْعَكَ أَوْ وَجَدْتَ أَنْتَ ذَلِكَ أَسْتَطِيعُ أَنْ تَنْصَرِفَ عَنْهُ وَ تَدْعَهُ قُلْتُ نَعَمْ قَالَ لَا بَأْسَ» (همان: ح 7، کلینی، 1367ق: 200/5).

بر اساس این روایت راوی می‌پرسد اگر فردی برای خرید حریری که نزد من نیست آمد و ما با یکدیگر در سود و زمان تحویل آن مقاوله و توافق کردیم، پس من آن حریر را خریداری کرده به او دادم آیا چنین کاری درست است؟ امام عَلَيْهِ السَّلَامُ در جواب وی فرمودند: اگر هر یک از دو طرف مخیر باشد و بتواند در صورت یافتن مورد بهتری برای معامله، آن را انتخاب کند و مقاوله شما الزام آور نباشد اشکال نخواهد داشت ولی در صورت الزامی بودن آن، درست نخواهد بود.

3. صحیحہ عبدالرحمن بن حجاج: «عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْعَيْنَةِ فَقُلْتُ يَا تَبِيْنِي الرَّجُلُ يَقُولُ اشْتَرِ الْمَتَاعَ وَ ارْبِحْ فِيهِ كَذَا وَ كَذَا فَأَرَاوَضَهُ عَلَى الشَّيْءِ مِنَ الرَّبْحِ فَتَرَضَى بِهِ ثُمَّ أَنْطَلِقُ فَأَشْتَرِي الْمَتَاعَ مِنْ أَجَلِهِ لَوْ لَا مَكَانَهُ لَمْ أُرِدْهُ ثُمَّ أَتَيْهِ بِهِ فَأَبِيْعُهُ فَقَالَ مَا أَرَى بِهَذَا بَأْسًا لَوْ هَلَكَ مِنْهُ الْمَتَاعُ قَبْلَ أَنْ تَبِيْعَهُ إِيَّاهُ كَانَ مِنْ مَالِكَ وَ هَذَا عَلَيْكَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ اشْتَرَاهُ مِنْكَ بَعْدَ مَا تَأْتِيهِ وَ إِنْ شَاءَ رَدَّهُ فَلَسْتُ أَرَى بِهِ بَأْسًا» (همان: ح 9، همان: 201).

امام در این روایت تأکید می‌فرمایند که اگر متاع قبل از بیع ملک بایع شده باشد



اشکال ندارد و اگر قبل از خرید مشتری تلف شود از ملک بایع تلف شده است و این در صورتی است که تعهد و الزامی نباشد «ان شاء رد» اشکالی نخواهد داشت. بنابراین روایت، ممکن است گفته شود که در استصناع نیز طرفین ملزم به عمل بر اساس توافق هستند، پس روایات یاد شده شامل آن می‌شود و آن را صحیح نمی‌دانند.

### جواب

با بررسی و تأمل در مجموع روایات فوق به این نتیجه می‌رسیم که در آن‌ها سؤال از یک فرض متعارف و رایج بوده است که اگر بایعی کالایی را مالک نیست در صورت معامله آن به صورت جزئی بیع ما لایملک بر آن صادق خواهد بود و درست نیست ولی اگر هم توافق در هر حد یک گفت‌گویی اولیه باشد و هم مشتری و بایع آزاد باشند، اشکالی نخواهد داشت. در نتیجه این روایات ضرری به توجیه یاد شده در بحث استصناع نخواهد زد.

افزون بر این، در مقابل روایات یاد شده روایت صحیح دیگری وجود دارد که می‌فرماید: «عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ فِي رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلًا يَشْتَرِي لَهُ مَتَاعًا فَيَشْتَرِيهِ مِنْهُ قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِنَّمَا الْبَيْعُ بَعْدَ مَا يَشْتَرِيهِ» (همان: ح 6).

مضمون این روایت آن است که اگر بیع بین فروشنده و خریدار بعد از تملک کالا توسط بایع باشد اشکالی ندارد، چه التزام به بیع در آینده وجود داشته باشد یا نداشته باشد. در نتیجه، نسبت میان روایت معاویه بن عمار و منصور بن حازم عموم و خصوص من وجه است و در ماده اجتماع تعارض می‌کنند، زیرا پس از تملک متاع توسط بایع اگر الزام هر یک از بایع و مشتری به فروش و خرید وجود داشته باشد، بر اساس روایت صحیح معاویه بن عمار، اشکال دارد ولی بر اساس صحیح منصور بن حازم اشکال ندارد. در این صورت نوبت به عمومات صحت بر نفوذ قرار داد مثل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌رسد که یا مرجع‌اند و یا لا اقل مرجع‌اند.

### جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

با توجه به آن‌چه گذشت می‌توان چنین جمع‌بندی کرد که از بین توجیحات پنج‌گانه که برای استصناع ارائه شده ما با رفع اشکالات توجیه اخیر آن را پذیرفتیم و با اضافه کردن نکته‌هایی ضمان سازنده و سفارش دهنده را نیز در صورت تخلف از مورد توافق

در قرار داد اثبات کردیم تا آن جا که اگر هر یک از آنها از عمل به وظیفه خویش در ساخت یا خرید تخلف ورزد حاکم شرع و حکومت اسلامی به عنوان ولی و سرپرست ممتنع با اکراه نیز می تواند آنها را بر انجام تعهد خویش مجبور نماید. روایات پیش گفته مثل روایت معاویه بن عمار، یا مطلق نیست و یا اگر مطلق است شامل استصناع نمی شود و یا لاقول متعارض با صحیحہ منصور بن حازم است و مرجع و مرجح عمومات صحت و وفای به عقد است.

### منابع

1. قرآن کریم.
2. بیهقی، احمد بن حسین بن علی (1352ق)، السنن الکبری، بیروت: دار صادر.
3. حاکم نیشابوری، حافظ ابی عبدالله محمد بن عبدالله (1411ق)، المستدرک علی الصحیحین، محقق: عبدالقادر عطا، بیروت: دارالکتب العلمیه.
4. حر عاملی، محمد حسن (1412ق)، وسائل الشیعہ، قم: مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث.
5. حلبی، ابن زهره (1417ق)، غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، تحقیق: ابراهیم بهادری، قم: مؤسسه الامام الصادق علیه السلام.
6. حلبی، ابن ادریس (1411ق)، السرائر، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
7. حلبی، حسن بن یوسف (1413ق)، قواعد الاحکام، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
8. حلبی، حسن بن یوسف (1413ق)، مختلف الشیعہ، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
9. حلبی، حسن بن یوسف (بی تا)، تذکره الفقہا، بی جا، مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ قدیم.
10. حلبی، نجم الدین جعفر بن حسن (1409ق)، شرایع الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران: انتشارات الاستقلال.
11. خمینی، سیدروح الله (1415ق)، کتاب البیع، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
12. خویی، سید ابوالقاسم (1422ق)، المستند فی شرح العروه الوثقی، قم: مؤسسه آثار الامام الخوئی.
13. \_\_\_\_\_ (بی تا)، مصباح الفقاهه، تقریر: علی توحیدی، قم: مؤسسه انصاریان.
14. سرخسی، شمس الدین (1409ق)، المبسوط، بیروت: دارالفکر.



15. سیستانی، سیدعلی (1416ق)، منهاج الصالحین، قم: مکتبه آیت الله السیستانی.
16. شافعی، ابی عبدالله محمد بن ادريس (1400ق)، الام، بیروت: دارالفکر.
17. شاهرودی، سید محمود (1423ق)، کتاب الاجاره، قم: موسسه دایره المعارف فقه اسلامی.
18. صدر، سید محمدباقر (1401ق)، البنك اللاریوی فی الاسلام، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
19. طریحی، فخرالدین (بی تا)، مجمع البحرین، تحقیق: احمد حسینی، بی جا: مکتب نشر الثقافه الاسلامیه.
20. طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن (1390ق)، النهایه، بیروت: دارالکتب العربی.
21. \_\_\_\_\_ (1410ق)، تهذیب الاحکام، بیروت: دارالصعب و دار التعارف.
22. \_\_\_\_\_ (بی تا)، المبسوط فی فقه الامامیه، بی جا: المکتبه المرتضویه.
23. \_\_\_\_\_ (بی تا)، کتاب الخلاف، قم: موسسه نشر الاسلامی.
24. عاملی، زین الدین بن علی (1414ق)، مسالك الافهام، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
25. فتح الله، احمد (1415ق)، معجم الفاظ الفقه الجعفري، بی جا: بی نا.
26. کاتوزیان، ناصر (1378)، حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم.
27. کرکی، علی بن حسین (1408ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: موسسه آل البيت لاحیاء التراث.
28. کلینی، محمد بن یعقوب (1367)، الکافی، تحقیق: علی اکبر غفاری، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
29. گلپایگانی، سید محمدرضا (1399ق)، بلغه الطالب، قم: مطبعه الخيام.
30. معلوف، لوئیس (1997م)، المنجد فی اللغة و الاعلام، بیروت: دارالمشرق، چاپ سی و ششم.
31. مومن قمی، محمد (1415ق)، کلمات سلیده فی مسائل جدیده، قم: موسسه نشر الاسلامی.
32. نجفی خوانساری، موسی بن محمد (1418ق)، منیه الطالب فی شرح المکاسب: تقریرات محمد حسین نائینی، قم: موسسه نشر اسلامی.
33. نجفی، محمد حسن (1365)، جواهر الکلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه.