

فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی / سال دوازدهم / شماره چهل و دو / زمستان ۹۴ / صفحات ۹۵-۱۱۴

بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد استصناع^۱

یاسر عبدی*

جعفر جعفرزاده**

محمود آری***

چکیده

قرارداد استصناع عبارت است از سفارش ساخت یک شیء معین که ناشی از توافق بین صانع یا سازنده و مستصنع یا سفارش‌دهنده می باشد. در خصوص ماهیت قرارداد استصناع میان فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. نظرات مطرح شده در خصوص ماهیت آن عبارتند از: بیع، بیع سلف، اجاره، جعاله، قولنامه، قرارداد خصوصی مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی و عقد مستقل. با وجود نظرات مختلف می توان بر آن اعتقاد بود که قرارداد استصناع یک عقد مستقل است و از آن جایی که مبیع در زمان انعقاد قرارداد وجود خارجی ندارد و بعد از مدتی در آینده به وجود خواهد آمد، نوعی عقد معلق است که آثار آن نیز از زمان تحقق معلق علیه - ساخته شدن مبیع - می باشد. مقاله حاضر دیدگاه اخیر را می پذیرد.

کلید واژه‌ها: استصناع، بیع، قرارداد خصوصی، قولنامه، عقد مستقل

۱ - تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۱۰/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۶/۱۴

* مدرس دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران و دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران. dryasserabdi@gmail.com

** دانشجوی دکتری فقه و حقوق، واحد شهر ری، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرری، ایران

*** کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی، واحد بابل، دانشگاه آزاد اسلامی، بابل، ایران

۱- درآمد

قرارداد استصناع که به سفارش ساخت تعبیر می‌شود در آن سازنده متعهد می‌شود کالایی مطابق درخواست سفارش دهنده بسازد و در موعد مقرر تحویل بدهد. استصناع که یک توافقنامه بین سازنده و سفارش دهنده می‌باشد، هم مواد کالا و هم عملیات ساخت آن بر عهده سازنده است که با این حساب این معامله توافقی به لحاظ ماده مانند خرید و فروش یعنی بیع و به لحاظ کاری که باید انجام بگیرد مانند اجاره است. این امر باعث شده است که ماهیت این قرارداد و کیفیت اجرای آن مورد بحث و مناقشه قرار بگیرد.

مهمترین مسأله در این مورد توصیف حقوقی این نوع قرارداد است که با توجه به اینکه در هنگام قرارداد هنوز کالایی موجود نیست و یا ساخته نشده است قرارداد مزبور چگونه قراردادی است و آیا می‌توان این قرارداد را بدون قرار دادن در یکی از عقود معین معتبر و صحیح دانست؟ پرسش اصلی این است که با توجه به اینکه یکی از شرایط مبیع موجود بودن آن در حین عقد است و مبیع در این قرارداد در حین عقد ساخته نشده است، قرارداد استصناع در قالب چه نوع عقدی قابل توجیه است؟ بنابراین با توجه به اهمیت موضوع، در این مقاله ماهیت قرارداد استصناع بر طبق قواعد و اصول کلی فقهی حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- مفهوم‌شناسی

۱-۲- معنای لغوی و اصطلاحی استصناع

استصناع از استصنع، یستصنعُ به معنای ساختن چیزی است (بندریگی ۱۳۷۴، ۹۵۸؛ ابن منظور، ۱۴۰۵، ۷، ۲۰۵). به عبارتی دیگر، استصناع عقدی است با سازنده بر ساختن شیء معینی که در ذمه او است یعنی عقدی است بر خریدن آن چه که سازنده در آینده خواهد ساخت که عین و عمل از آن سازنده است. بنابراین اگر عین از آن سفارش‌دهنده باشد، عقد اجاره خواهد بود نه استصناع و آن را استثنای موجود بودن مبیع در زمان انعقاد عقد تلقی می‌کنند (الزحیلی، ۱۷۸۹، ۶۳۱؛ رستم‌باز، ۱۹۸۵، ۱۲۴). فقهای اهل سنت این قرارداد را استحساناً و استناداً به سنت و اجماع جایز می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۱۱۶؛ سمرقندی، ۱۴۱۴، ۳۶۳؛ کاشانی حنفی، ۱۳۲۸، ۴-۲؛ حنفی مصری، ۱۴۱۸، ۸۳؛ ابن عابدین، ۱۴۱۵، ۳۵۳).

۲-۲- مصادیق استصناع

به طور کلی قرارداد استصناع دارای سه صورت به شرح ذیل می‌باشد:

۲-۲-۱- سفارش ساخت به صورت تملیکی

در این حالت پس از گفتگوهای لازم میان طرفین، قرارداد بصورت تملیک قطعی در مقابل قیمت بسته می‌شود یعنی قصد مشترک طرفین تملیک و تملک است به این صورت که بر طبق قرارداد، سازنده مقداری از مصنوعات خود را در برابر قیمت آنها به ملکیت سفارش دهنده در می‌آورد و سفارش دهنده هم این ملکیت را می‌پذیرد به گونه‌ای که انشای این ملکیت هیچ گونه حالت انتظار آینده برای آنها باقی نمی‌ماند و تنها چیزی که برای طرفین باقی می‌ماند آن است که هر دو باید به این قرارداد پایبند باشند (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ۲۰۷).

این صورت به این دلیل که از مصادیق بیع است باید همه شرایطی را که شارع در بیع به عنوان یک عقد تملیکی قرار داده است دارا باشد. پس صحت این قسم از سفارش ساخت مشروط بر این است که ثمن معامله، زمان تحویل کالا، مقدار کالا و ویژگی‌های آن مشخص باشد.

۲-۲-۲- سفارش ساخت به صورت وعده‌ای قطعی

در این حالت پس از گفتگوهای لازم میان طرفین، قرارداد قطعی بسته می‌شود مبنی بر این که سازنده کالا را بسازد و پس از اتمام ساخت و زمانی که کالا آماده بهره‌برداری و انتفاع شد آن را به سفارش دهنده بفروشد. به عبارت دیگر، بر اساس این قرارداد صاحب صنعت متعهد می‌شود که تعداد کالای مورد توافق را بسازد و برای فروش عرضه کند و خریدار هم پس از عرضه فروشنده آن را بخرد. در این نوع سفارش ساخت، هر چند میان آنها در عمل تملیک و تملک صورت نمی‌گیرد اما هر دو این تصمیم قطعی را می‌گیرند که هر کدام در قبال دیگری کاری انجام دهد. کار سازنده آن است که مورد توافق را بسازد و آن را برای فروش عرضه کند و کار سفارش دهنده آن است که همان تعداد را در برابر قیمت خریداری کند. بنابراین این قسم از سفارش ساخت با مفهوم بیع همخوانی ندارد به همین دلیل ادله احکام بیع آن را در بر نمی‌گیرد. شاید علت آن این باشد که خریدار به توانایی و قدرت سازنده مبنی بر ساخت و تحویل اعتماد کافی ندارد و در نتیجه حاضر به انعقاد بیع قطعی نمی‌باشد. به همین دلیل

است که برخی بر آن اعتقادند کسی که سفارش ساخت کالایی را از قبل می‌دهد و سازنده آن را می‌سازد بین تسلیم کالا و خودداری از آن مخیر است و سفارش‌دهنده هم بین قبول و رد مبیع مختار است (ابن حمزه، ۱۴۰۸، ۲۵۷).

در توجیه این نظر برخی بر این باورند که چنین معامله‌ای شرط ابتدایی است و اگر شرط ضمن عقد باشد لازم‌الوفاست (انصاری، ۱۴۱۵، ۵۷۱). الزام‌آور بودن شرط ابتدایی در فقه امامیه مورد اختلاف است. اکثر فقها معتقدند که الزام آور نیست ولی برخی از متأخرین آن را الزام‌آور دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۱۱۱). تردیدی نیست که این نوع از سفارش ساخت از مصادیق مفهوم عقد است؛ زیرا عقد چیزی جز التزام و تعهد نیست. به عبارتی دیگر این قسم از استصناع یک قرارداد خصوصی الزام آور با شرایط خاص خود است. در نتیجه عموم آیه «أوفوا بالعقود» آن را در برمی‌گیرد و دلیلی نیز بر تخصیص این عموم اقامه نشده است و از طرفی دیگر با لحاظ روایت «المؤمنون عند شروطهم» (مجلسی، ۱۴۰۳، ۲۷۷) هر کدام از طرفین متعهدند در زمان مقرر و با شرایط مندرج در قرارداد به ساخت کالا، تحویل آن و تسلیم ثمن اقدام کنند.

۲-۲-۳- سفارش ساخت بصورت وعده غیر قطعی

در این صورت صرفاً یک وعده غیرقطعی میان طرفین صورت می‌گیرد. بدین ترتیب که سفارش‌دهنده اظهار می‌دارد که این تعداد از فلان کالا را بساز، شاید من آن را از تو بخرم و سازنده هم آن را می‌پذیرد و یا اینکه سازنده اظهار می‌دارد پس از یک ماه به من مراجعه کن شاید من این تعداد کالا را برای تو بسازم و آن را در اختیار قرار دهم تا از من بخری و ... بدیهی است صرف وعده نه بیع است و نه عقد اما با تمامی این اظهارات، این وعده یک نوع دیگر از قرارداد سفارش ساخت محسوب می‌شود (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ۲۱۲).

۳- ماهیت حقوقی قرارداد استصناع

در خصوص ماهیت قرارداد استصناع بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. در این قسمت از مقاله ابتدا قالب‌ها و نهادهای متعدد حقوقی را که ممکن است قرارداد استصناع منطبق با آنها باشد را مورد بررسی قرار داده سپس با ملاحظه‌ی نظرات مختلف، ماهیت این نوع قرارداد را توجیه و تبیین می‌-

نماییم.

۳-۱- بیع

بر طبق ماده ۳۳۸ ق.م.ا. بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم و با توجه به ماده ۳۵۰ ق.م.ا. مبیع ممکن است مفروض باشد یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزا و همچنین ممکن است کلی در ذمه باشد. بنابراین در عقد بیع باید چیزی بالفعل وجود داشته باشد که مورد معامله واقع شود. حال پرسشی که در اینجا مطرح می شود این است که آیا قرارداد استصناع که در آن کالا بالفعل موجود نیست یا در آینده ساخته خواهد شد، می تواند موضوع بیع عین معین باشد؟ در جواب می توان اذعان نمود که اولاً این حالت خلاف ارتکاز عرفی در مورد استصناع است؛ زیرا مستلزم آن است که اگر سازنده باقی مانده کالا را نسازد و آن را تکمیل نکند، سفارش دهنده مالک همان قسمت ناقص خواهد بود و فقط نهایتاً خیار فسخ دارد در حالی که در استصناع چنین نیست بلکه قسمت ساخته نشده نیز قید مبیع است و غرض سفارش دهنده تمام مصنوع نهایی بوده است نه بخشی از آن، از این رو مصنوع نا تمام اصلاً ملک سفارش دهنده نشده تا نیاز به فسخ داشته باشد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ۱۲).

ثانیاً حالت یادشده مستلزم آن است که تلف بدون تعدی و تفریط کالا قبل از اتمام ساخت آن از مال سفارش دهنده باشد نه سازنده؛ زیرا سازنده همانند اجیر است که عین در دست او امانت است که این استلزام نیز خلاف ارتکاز عرفی در مورد استصناع است. زیرا تا سازنده کالای مطلوب سفارش دهنده را نساخته باشد هیچ حقی بر او ندارد. با این اشکال وارده چنین به نظر می رسد که سفارش ساخت یک شیء معین شخصی یعنی خریداری یک کالای ناقص به شرط تکمیل کردن نمی تواند موردی از استصناع باشد بلکه یکی از اقسام بیع است و این دو حالت دارد یا این که خریدن کالا مشروط است به تکمیل کردن آن یا آنکه همان قسمت ناقص خریداری می شود و بعد سازنده را اجیر می کند تا آن را تکمیل کند (همان).

در موردی که موضوع تعهد عین کلی است ضرورتی ندارد که هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد. زیرا انتقال با تراضی صورت نمی پذیرد بلکه انتقال با تعیین مصداق خارجی آن عین به وسیله متعهد انجام می شود و به طور معمول مظهر این اقدام تسلیم است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۸). حال اگر بگوییم که مورد سفارش مربوط به یک امر کلی است، سفارش دهنده کالای کلی را با اوصاف معینی از سازنده می خرد و

غالب موارد استصناع بدین گونه است. چه آنکه معمولاً کالای بالفعل نزد سازنده وجود ندارد. از این رو برخی از مذاهب اهل سنت استصناع را نوعی بیع سلم می‌دانند (سرخسی، ۱۴۰۶، ۱۲۹).

حال پرسشی که در این‌جا مطرح می‌شود این است که آیا قرارداد استصناع که در آن کالا بالفعل موجود نیست یا در آینده ساخته خواهد شد، می‌تواند موضوع بیع کلی در ذمه باشد؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت که اولاً؛ در قرارداد استصناع کالایی که توسط سازنده باید ساخته شود معمولاً ابعاد، طرح کلی و مشخصه‌های دیگر آن در قرارداد معین می‌شود و سازنده تعهد می‌کند که آن را ظرف مهلت معین بسازد و تحویل سفارش‌دهنده دهد. بنابراین، کالایی که با مشخصات از قبل تعیین شده ساخته می‌شود با توجه به خصوصیات و ابعاد آن، عین معین محسوب می‌شود و در نتیجه مال قیمی خواهد بود و نمی‌توان کالایی مثل آن را تصور کرد.

ثانیاً؛ هرگاه مورد سفارش امری کلی باشد و از طرفی فرض بر این است که این قرارداد مشروط به ساختن کالا است و ساختن هم نیاز به گذشت زمان دارد، به ناچار تحویل کالا در زمان آینده خواهد بود. از سوی دیگر بیعی که مبیع آن کلی است و تحویل این کالا در زمان آینده انجام می‌شود، همان بیع سلف یا سلم است. بنابراین، صحت این صورت از سفارش ساخت، مشروط به جمیع شرایط بیع سلم، از قبیل تحویل دادن تمام و یا مقداری از قیمت در مجلس عقد و دیگر شرایطی که در صحت بیع سلم شرط شده است می‌باشد (محمدی، ۱۳۷۳، ۲۵۶). در حالی که این نوع از قرارداد سفارش ساخت معمولاً بدین ترتیب است که سفارش‌دهنده باید پس از گذشت زمانی از وقوع این قرارداد تمام قیمت را بپردازد و یا مقداری از آن را نقداً بدهد.

در موردی که موضوع تعهد، عین کلی در معین باشد و یا به تعبیر دیگر مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی‌الاجزا باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۶؛ امامی، ۲، ۱۳۷۸، ۴۳۳؛ شهیدی، ۱۳۸۷، ۳۲۹). در این حالت تا زمانی که فروشنده مبیع را معین نکرده باشد، خریدار حق عینی پیدا نمی‌کند و مالک چیزی نیست و امتیاز آن بر کلی در ذمه این است که به اجمال می‌دانیم که مبیع در داخل آن توده معین است و به همین دلیل هم آن را در حکم معین گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ۳۲).

قرارداد سفارش ساخت که در آن کالایی در آینده ساخته خواهد شد نمی‌تواند موضوع عقد بیع کلی در معین واقع شود. چه آنکه اولاً؛ کلی در معین شامل اموال مثلی است یا به عبارتی دیگر شامل اشیای متساوی‌الجزایی هست که همه اجزای آن از هر حیث با هم برابر می‌باشد، حال آنکه مال مورد بحث در

قرارداد استصناع، مال قیمی محسوب می‌شود.

ثانیاً؛ در زمان انعقاد عقد بیع اجزای مبیع کلی در معین باید در عالم خارج موجود باشد هر چند از یکدیگر تفکیک و جدا نشده باشد در حالی که در قرارداد استصناع هنوز کالایی وجود خارجی ندارد و قرار است در آینده ساخته شود.

۳-۲- بیع سلف (سلم)

بیع سلف مترادف بیع سلم است که به آن پیش فروش و پیش خرید نیز می‌گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۳۶۵۷) بیعی است که مبیع کلی در ذمه و ثمن حال می‌باشد. فقهای امامیه برای درستی و نفوذ بیع سلف شرایط گوناگونی را ضروری شناخته‌اند که پاره‌ای از آنان مانند مضبوط‌بودن، موعد تسلیم مبیع، ذکر جنس، مقدار و اوصاف مبیع از شرایط عمومی همه اقسام بیع است و اینکه متاع یا کالایی که پیش‌فروش شده است باید در موعد مقرر فراوان باشد هر چند در زمان انعقاد عقد نایاب باشد (محقق حلی، ۱۴۱۰، ۱۳۴؛ فاضل‌الابی، ۵۲۳، ۱۴۰۸؛ علامه حلی، ۴۴، ۱۴۱۳؛ ابن فهد حلی، ۴۷۲، ۱۴۱۱، محقق کرکی، ۱۴۰۸، ۲۰۶).

علاوه بر شرایط مذکور دو شرط دیگر در بیع سلف جلب توجه می‌کند که عبارت است از «لزوم نقدبودن ثمن» و «لزوم قبض ثمن در مجلس عقد». قبض ثمن توسط فروشنده پیش از تفرق از مجلس عقد، شرط صحت معامله سلف است که اگر پیش از قبض متفرق شوند باطل است و اگر فروشنده بعضی از ثمن را قبض کند بیع در آنچه قبض کرده است صحیح است و در باقی باطل است. اگر شرط کند که ثمن از بابت طلبی باشد که بر ذمه او دارد بعضی گفته‌اند باطل است. چون بیع دین به دین است و بعضی گفته‌اند در عین صحت چنین بیعی کراهت دارد (محقق حلی، ۱۴۱۰، ۱۳۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ۳۱۹؛ فاضل‌الابی، ۵۲۳، ۱۴۰۸؛ ابن فهد حلی، ۴۷۳، ۱۴۱۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۴۰۹-۴۰۸؛ خوانساری، ۱۳۵۵، ۳۱۷؛ طباطبایی، ۵۷۰، ۱۳۷۸؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۴، ۵۴۴).

بنابراین، در فقه یکی از شرایط صحت بیع سلم این است که ثمن در مجلس عقد به فروشنده تسلیم شود ولی در قانون مدنی به لزوم قبض ثمن تصریح نشده است و این سکوت به معنای اجرای قواعد عمومی در بیع سلف است. با وجود این برخی از حقوق دانان، به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه و به استناد این قرینه که در ماده ۳۶۴ ق.م. بیع صرف به عنوان مثال برای بیعی که قبض شرط

صحت است آورده شده است، اعتقاد دارند که در قانون مدنی نیز قبض ثمن شرط صحت بیع سلم است و باید در مجلس عقد و پیش از تفرق طرفین صورت پذیرد (امامی، ۱۳۸۷، ۱، ۴۴۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۸، ۵۶۲).

بنابراین با توجه به موارد مذکور در فوق، نمی توان قرارداد استصناع را در ذیل عنوان بیع سلف تحلیل و ماهیت آن را تبیین کرد. چه آنکه اولاً؛ در قرارداد استصناع مبیع مورد نظر با توجه به مشخصات و ابعاد و صفات آن، مال قیمی و عین معین محسوب می‌شود که در آینده به وجود خواهد آمد. ثانیاً؛ در بیع سلم در صورت عدم پرداخت ثمن، معامله از قبیل بیع کالی به کالی خواهد بود که پیامبر(ص) از آن نهی کرده است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۴، ۹۷). این حدیث تنها بر این امر دلالت دارد که هرگاه چیزی پیش از انشای بیع، دین و ذمه باشد فروش آن روا نخواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۱۲۸؛ فاضل الابی، ۱۴۰۸، ۵۲۴؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸، ۳۸؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۴، ۹۷؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳، ۱۴۵). نظیر اینکه زید بر ذمه کسی مقداری گندم دارد و عمرو هم مقداری پول از فردی دیگر طلبکار است. زید آن گندم را در برابر این پول می‌فروشد و این بیع دین به دین است و نهی ای که از سوی پیامبر(ص) وارد شده آن را دربر می‌گیرد. در حالی که دین شدن ثمن و مثن در بیع استصناع بعد از عقده سبب عقد است یعنی در قرارداد استصناع هیچ کدام از خریدار و فروشنده پیش از عقد به دیگری بدهکار نیست بلکه پس از خرید و فروش هر کدام به دیگری بدهکار می‌شود و در نتیجه از مصادیق بیع دین به دین به شمار نمی‌رود. هرچند برخی از فقها بر آن اعتقادند که ثمن بیع سلف نباید به صورت دین در ذمه مشتری باشد، بلکه باید به بایع پرداخت شده باشد، ولی این معنی، اعم از پرداخت در مجلس عقد است.

۳-۳- عقد اجاره

اجاره تملیک منفعت به عوض معلوم است (شهید اول، ۱۳۸۲، ۸-۷؛ امام خمینی، ۱۳۷۴، ۴۷۴). پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا قرارداد استصناع که در آن کالا بالفعل موجود نیست یا در آینده ساخته خواهد شد، می‌توان آن را در قالب عقد اجاره قرار داد؟ به عبارتی دیگر آیا می‌توان فرض کرد که مستصنع صانع را برای ساختن کالایی که بر آن توافق کرده‌اند، اجاره می‌کند؟ برای اینکه قرارداد استصناع را نوعی عقد اجاره بدانیم باید تملک سفارش‌دهنده بر عین مصنوع را از طریق اجاره اثبات کرد و این تملک را به دو وجه می‌توان اثبات کرد:

وجه نخست: عین مصنوع (کالای ساخته شده) به مثابه نتیجه و ثمره عمل سازنده است؛ بنابراین به حکم قانون تبعیت نما از اصل، این عین نیز ملک کسی است که مالک عمل است. چرا که مالک اصل مالک نما نیز هست. در نتیجه سفارش دهنده از طریق اجاره بر طبق قانون تبعیت نما از اصل بر عین مصنوع تملک پیدا می کند و نیازی به عقد بیع و شروط آن نیست.

اما این نظر قابل قبول نیست. زیرا قانون تبعیت دلیل لفظی ندارد تا بتوان به اطلاق آن تمسک جست بلکه دلیل آن سیره عقلی و ارتکاز عرفی است که شارع نیز در مواردی مثل ثمر و درخت که یکی از دو مال ذاتاً زائیده دیگری و در امتداد آن است آن را امضاء کرده است. اما در مورد استصناع، ماده‌ی کالای ساخته شده زائیده‌ی عمل سازنده نیست و هیأت آن نیز عرفاً و شرعاً حیثیت تعلیلی همان ماده است و از این رو مال مستقلی در قبال ماده نیست و عدم تبعیت نما از اصل در مورد استصناع شایسته تر از عدم تبعیت در مورد حیزات است؛ زیرا در مورد استصناع ماده‌ی کالا، قبل از ساخت مال مملوک سازنده‌ی آن بوده از این رو به ناچار انتقال ملکیت آن از سازنده به سفارش دهنده به سبب ناقل نیاز دارد، بر خلاف مال حیزات شده که مملوک نخواهد شد مگر اینکه به موجب خود عمل حیزات مملوک گردد. البته می توان هیأت کالای ساخته شده را منفعت عمل سازنده به شمار آورد. اما هیئت، مالی مستقل و جدا از عین نیست بلکه همان گونه که اشاره شد هیئت، حیثیت تعلیلی برای افزایش مالیت عین کالای ساخته شده است و از این جهت، انتقال ملکیت آن از سازنده به سفارش دهنده به سبب نقلی غیر از اجاره نیاز دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ۱۹-۱۸).

وجه دوم؛ تملک ماده کالای ساخته شده به طور ضمنی به تبع تملک عمل سازنده حاصل می شود. بدین معنی که در ضمن عقد اجاره شرط می شود که اجیر (سازنده) آن را به سفارش دهنده بدهد. هم چنان که در مورد خیاطی گفته می شود که مستأجر به طور ضمنی مالک نخهایی که خیاط در دوخت لباس بکار برده است می گردد یا در مورد رنگرزی نیز مستأجر به طور ضمنی مالک رنگی که رنگرز در عمل رنگرزی بکار برده است می شود. چه آنکه این قبیل امور بر عهده‌ی اجیر است مگر آنکه خلاف آن شرط شده باشد.

این نظر هم قابل انتقاد می باشد. چه آنکه، تملک ضمنی ماده در مواردی مثل خیاطی و رنگرزی درست است. زیرا در این گونه موارد ماده در مقدمه‌ی کاری که بر روی مال غیر صورت می گیرد مستهلک می شود و از بین می رود و وجود آن به صورت مستقل از مال مستأجر که نزد اجیر است باقی

نمی ماند. اما اگر مستهلک نشده و وجود مستقل آن محفوظ بماند، تملک آن به سبب دیگری غیر از اجاره مانند توکیل در خرید آن برای مستأجر نیاز دارد. بنابراین در اینجا دو عقد صورت گرفته است: یکی بیع و دیگری اجاره. مثال روشن این دو عقد در موردی است که خیاط برای دوخت لباس به پارچه دیگری مثل آستر نیاز دارد و آن را به وکالت از مالک، برای او می خرد. اما در مورد استصناع، تمام ماده ی کالای ساخته شده از آن سازنده است. در این صورت عملیات ایجاد کالا از آن ماده، مقدمه ی ساخت آن است و عین آن کالا غرض سفارش دهنده است. بنابراین در این جا دو مال وجود ندارد که یکی عمل سازنده و دیگری عین کالای ساخته شده باشد بلکه فقط یک مال وجود دارد و آن کالای ساخته شده است. در نتیجه نمی توان گفت در این جا دو سبب و دو انشاء معاملی تحقق یافته است که یکی تملیک عمل کالا با عقد اجاره و دیگری تملیک خود کالای تولید شده با شرط ضمن عقد باشد. چه آنکه - همان گونه که گفته شد - دو مال وجود ندارد و عمل ایجاد کالا اگر تملک آن کالا را برای سفارش دهنده در پی نداشته باشد، مالیت ندارد و اجاره کردن چیزی که مالیت ندارد درست نیست. بنابراین، معامله مزبور در واقع به یک سبب باز می گردد و آن تملیک کالای ساخته شده با صیغه شرط است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ۲۰-۱۹).

بنابراین، با توجه به موارد مذکور، نمی توان قرارداد استصناع را نوعی عقد اجاره تلقی نمود. چه آنکه، عمل تملیک مالیت مستقلی جدای از کالای تملیک شده (عین مملکه) ندارد و گرنه می توان هر بیعی را به اجاره برگرداند.

۳-۴ - جعاله

یکی دیگر از عقود معین که احتمال دارد استصناع یکی از اقسام آن باشد جعاله است. به موجب مواد ۵۶۱ و ۵۶۲ قانون مدنی جعاله، التزام شخص به پرداخت اجرت معلوم در مقابل عملی است. از طرفی دیگر معلوم بودن عمل شرط صحت جعاله نیست. جعاله نیز مانند اجاره اشخاص دارای دو رکن است. رکن اول، کاری که باید انجام گیرد و دوم عوض است که به عنوان اجرت کار عامل قرار داده می شود. بر اساس مذهب فقهای امامیه (رئسی، ۱۳۷۰، ۱۴۲-۱۴۱) و همچنین بر اساس مواد ۵۶۳ و ۵۶۴ قانون مدنی جهالت در عمل مورد جعاله تا جایی که موجب عدم امکان تحصیل آن نشود صحیح است و همچنین جعل می تواند مقدار معین یا سهمی از سود فعالیت و عمل مورد جعاله باشد (امام خمینی، ۱۳۷۴،

(۵۱۴).

با توجه به ماهیت عقد استصناع و آنچه در عرف به عنوان قراردادهای سفارش ساخت شناخته می‌شود، به نظر می‌رسد انعقاد چنین قراردادی تحت عنوان جعاله قابل ایراد باشد. چه آنکه اولاً در جعاله تعیین عامل شرط نیست در صورتی که در استصناع تا سازنده مشخص و معلوم نباشد اصلاً قراردادی منعقد نمی‌شود. هرچند در جعاله‌ی خاص این شرط وجود دارد و باید عامل مشخص باشد.

ثانیاً؛ در جعاله چگونگی و مقدار کاری که باید انجام بگیرد و نیز مدت زمانی که عمل باید طی آن انجام گیرد لازم نیست به طور دقیق، معلوم و مشخص باشد. همین که به طور مطلق مجهول نیست کافی است و لازم نیست عمل از هر جهت معلوم و مشخص باشد (امام خمینی، ۵۱۴، ۲، ۱۳۹۰). در حالی که در عقد استصناع، عملی که باید انجام گیرد و چگونگی آن و نیز مدت زمانی که باید کالا در آن مدت ساخته شود باید دقیقاً در عقد بیان شود. ثالثاً؛ در جعاله تمامی شرایط اساسی که برای صحت عقود مقرر شده لازم نیست و تنها شرطی که وجود دارد این است که امکان تحصیل آن باشد یعنی عامل بتواند آن کار مورد نظر جاعل را انجام دهد و مستحق اجرت گردد. درحالی‌که در استصناع این شرایط باید لحاظ شود.

به نظر می‌رسد آن موردی از جعاله که میتواند قابل تطبیق بر عقد استصناع باشد، جعاله خاص است. در جعاله خاص جاعل قصد دارد که از طریق عمل و کار «شخص معینی» که مورد نظر اوست به نتیجه مطلوب برسد. به عبارتی دیگر، خصوصیات عامل مورد نظر جاعل است (خاوری، ۱۳۸۴، ۳۵۱).

بنابراین، در قرارداد استصناع شخص سفارش دهنده ملتزم می‌شود در مقابل ساخت و تحویل مبیع مورد نظر، فلان مبلغ را به سازنده آن به عنوان جُعَل پردازد. شاید به همین دلیل است که برخی از فقهای اهل سنت، نسبت بین استصناع و جعاله را عموم و خصوص مطلق ذکر کرده اند. یعنی جعاله، عام است یعنی هم در مصنوعات و هم در غیر مصنوعات به کار می‌رود ولی استصناع خاص مصنوعات است (وزاره الاوقاف والشئون الاسلامیه الکویت، ۱۴۰۴، ۳۲۶).

اما این نظر قابل مناقشه است. چه آنکه، جعاله بین طرفین جایز است و به عنوان مثال با نوسان قیمت، هر یک از طرفین ممکن است آن را به هم بزنند. پاسخی که به این اشکال می‌توان داد این است که این قرارداد را می‌توان در ضمن عقد لازمی وارد کرد اما مشکل در این جاست که ممکن است یکی از طرفین فوت کند. در این صورت عقد جایز حتی اگر در ضمن عقد لازم آمده باشد بر لزوم باقی نمی‌ماند.

ماند. ثانیاً؛ شرط الزام به انجام تعهد نیز خلاف مقتضای عقد جعاله می‌باشد. زیرا آنچه عامل را به پای بندی بر عقد جعاله باقی می‌گذارد استطاعت اوست و شرط الزام در برخی مواقع خلاف استطاعت می‌باشد و با از بین رفتن استطاعت و تعدّر در اجرای تعهد، عقد را با مشکل مواجه می‌کند. بنابراین، اگر چه امروزه بیشتر پروژه‌های عمرانی بر مبنای عقد جعاله به لحاظ انعطافی که دارد منعقد و اجرا می‌شود، لیکن بهتر است برای گرفتارنشدن در دام جواز عقد جعاله، استصناع را جعاله تلقی نکنیم و علاوه بر آن عرف هم استصناع و سفارش ساخت را از باب جعاله محسوب نمی‌کنند (میرمعزی، ۱۳۷۸، ۲۸۸).

۳-۵- تعهد به بیع (قولنامه)

از مصادیق بارز قراردادهایی که در عرف معاملات رواج گسترده‌ای یافته است، تعهد به بیع یا به عبارتی دیگر، وعده متقابل بیع است که در عرف معاملات و روابط حقوقی و نیز در محاکم دادگستری به «قولنامه» معروف است. قولنامه نوشته‌ای است که به موجب آن یک طرف تعهد می‌کند که در آینده عمل حقوقی معینی را انجام دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۰۱).

برخی از فقها معتقدند که وفای به وعده واجب نیست ولی وعده اگر متضمن بر معاوضه یا شبیه معاوضه باشد مقرون به الزام و التزام است. به خلاف وعده محض که هیچ نوع الزام و التزامی متصور نیست (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ۲۸۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۱۱۷) اما برخی دیگر از فقها معتقدند که وفا به هر نوع وعده ای واجب است (نراقی، ۱۴۰۸، ۴۲).

به نظر می‌رسد وعده‌هایی که متضمن هر نوع تعهدی باشند، لازم‌الوفاء هستند و وعده دهنده نمی‌تواند از انجام تعهد خود استتکاف ورزد. همین امر می‌تواند مستند وجوب عمل به قولنامه باشد. قانون مدنی در ارتباط با قولنامه ساکت است ولی کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی در سال ۱۳۶۳ قولنامه‌هایی را که در ضمن عقد لازم انجام نگرفته باشد را فاقد اعتبار دانسته است (پاسخ و پرسشها از کمیسیون و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی، ۱۳۸۰، ۴۵)، در صورتی که عرف قولنامه را نوعی قرارداد تلقی می‌کند و افراد را ملزم به رعایت مفاد و مندرجات آن می‌نماید.

بحث قابل مطرح این است که در قولنامه‌ها، خریدار نسبت به مورد معامله چه نوع حقی پیدا می‌کند؟ آیا فروشنده می‌تواند مورد معامله را به اشخاص ثالث منتقل کند؟ موضوع بحث اساساً بستگی به این دارد که آیا قولنامه نوعی حق عینی را نسبت به مورد معامله برای طرف مقابل ایجاد خواهد کرد یا

این که اثر آن فقط پیدایش یک تعهد بر عهده متعهد به سود متعهدله است؟ برخی معتقدند که قولنامه فقط تعهدی را به سود متعهدله ایجاد می‌کند و حق عینی برای متعهدله نسبت به مال معین یا مجموعه معین که فروش قسمتی از آن تعهد شده است را ایجاد نمی‌کند. هر چند برخی دیگر معتقدند که برای طرف مقابل حق عینی ایجاد نمی‌شود و فروشنده هنگام معامله مالک است و در نتیجه حق دارد مال را به دیگری انتقال دهد ولی در کنار این حق وظیفه دارد که زمینه اجرای قولنامه را از بین نبرد. پس اگر اعمال حق خویش را وسیله اضرار به دیگران قرار دهد، از حق خود سوءاستفاده کرده است. بنابراین، انتقال موضوع تعهد از سوی فرسندده به دیگری چون با حقوق خریدار در تعارض است، بنا به درخواست ذینفع قابل ابطال است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۶۵-۶۴). حال با توجه به موارد مذکور در فوق، آیا عقد استصناع را می‌توان در قالب قولنامه قرار داد به این شکل که سازنده به عنوان فروشنده با سفارش‌دهنده که خریدار است با هم قرارداد را امضاء کنند که فروشنده با درخواست مقداری از بها از سفارش‌دهنده تعهد کند کالای مورد نظر او را بسازد و در زمان معینی که در قرارداد تعیین می‌شود به او تحویل دهد و سفارش‌دهنده هم با پیش پرداخت مقداری بها در صدد تکمیل معامله برآید؟

با امعان نظر نسبت به قرارداد استصناع که کالا در آینده ساخته خواهد شد، باید اذعان نمود که قرارداد استصناع نمی‌تواند فقط یک تعهد به بیع یا وعده متقابل بیع باشد. چه آنکه در تفسیر هر قراردادی باید به قصد مشترک طرفین قرارداد توجه کرد. در استصناع قصد سازنده و سفارش‌دهنده این نیست که فقط یک وعده بیع محقق شود بلکه پس از انعقاد قرارداد و بعد از آنکه سفارش‌دهنده بخشی از بهای مورد توافق را به سازنده پرداخت می‌کند، متعهد می‌شود که بقیه بهای کالای مورد نظر را در فواصل و مواعد زمانی معینی با توجه به پیشرفت کار به سازنده پرداخت کند و سازنده نیز تعهد می‌کند که در موعد مقرر در قرارداد، کالای مورد نظر را طبق توافق بسازد و به سفارش‌دهنده تحویل دهد. بنابراین، اینگونه به نظر می‌رسد که طرفین قصد تعهد به بیع را ندارند بلکه قصد آنها خرید و فروش است.

۳-۶- قرارداد خصوصی (ماده ۱۰ ق.م.)

در اینکه آیا استصناع یک قرارداد خصوصی بر مبنای ماده ۱۰ ق.م. است و مطابق آن سفارش‌دهنده مالک کالایی که در آینده ساخته می‌شود خواهد شد باید بر آن اعتقاد بود که این تحلیل در واقع همان عقد بیع است و آثار عقد بیع نیز بر آن جاری می‌شود ولی برای فرار از تفسیر صحیح ماده ۳۶۱ ق.م. متوسل به ماده ۱۰ ق.م. می‌شوند و عنوان آن را قرارداد خصوصی می‌گذارند و در قالب آن آثار و

شرایط عقد بیع را جاری می‌کنند که لازم است در اینجا به این نکته‌ی اساسی اشاره کنیم که در تفسیر و تبیین ماهیت قرارداد هایی که به مرور زمان در اثر تحولات اقتصادی و اجتماعی جامعه در روابط معاملاتی مردم رواج یافته است، باید در وهله اول به مفاد این گونه قراردادهای توجه کنیم و احراز کنیم که آیا قرارداد مذکور با قالبها و عقود شناخته شده توسط قانون‌گذار منطبق است یا نه و در صورتی که با هیچ یک از این قالبها مطابقت نداشته باشد و مغایرت و مخالفتی نیز با قوانین و مقررات امری نداشته باشد آن در قالب ماده ۱۰ ق.م. تحلیل کرد و نباید برای فرار از مقررات مذکور در عقود معین، قرارداد را بر مبنای ماده ۱۰ ق.م. تحلیل نمود. نظیر آنچه در قرارداد استصناع و ماهیت این نوع قراردادهای صورت می‌گیرد. چه آنکه، در این نوع قراردادهای موضوع قرارداد عبارت است از کالایی که در آینده ساخته می‌شود و این کالا عین معین است. بنابراین، چون عین معین مطابق ماده ۳۶۱ ق.م. باید هنگام عقد موجود باشد پس نمی‌تواند قرارداد بیع باشد و می‌گویند قرارداد خصوصی است و براساس ماده‌ی ۱۰ ق.م می‌باشد. بنابراین، باید در تفسیر مواد قانونی به نیازهای فعلی و مقتضیات عرفی توجه کنیم و با تفسیر صحیح و منطقی موانع و مشکلات حقوقی جامعه را مرتفع سازیم.

۳-۷- عقدی مستقل

مطابق این دیدگاه، استصناع یک عقد مستقلی است و با آن مفهوم خاصی متمایز از مفهوم بیع و اجاره انشاء می‌شود که به موجب این عقد سازنده مسؤؤل ساخت کالا و تحویل آن به سفارش‌دهنده است و سفارش‌دهنده نیز در قبال آن مسؤؤل پرداخت بهای مورد توافق به سازنده است. در خصوص این که استصناع یک عقد مستقلی است ایراداتی مطرح گردیده است که ذیلاً به نقد و بررسی این ایرادات می‌پردازیم:

ایراد اول: قرارداد استصناع جز درخواست ساخت معنایی ندارد و این یک مفهوم تکوینی است و مفهوم انشائی اعتباری مانند بیع و اجاره و دیگر عناوین معاملات نیست. بنابراین، معنی ندارد که استصناع با همان معنی و مفهوم لغوی خود یک عقد مستقل باشد بلکه به ناچار باید این معنای استصناع به یک مفهوم دیگری که اعتباری است برگردد. این مفهوم اعتباری یا تملیک عین ساخته شده است که در این صورت بیع خواهد بود و یا تملیک عمل سازنده است که در این صورت اجاره یا جعاله خواهد بود. در نتیجه، استصناع عقد مستقلی نیست و به یکی از احتمالات دیگر باز می‌گردد (هاشمی شاهرودی،

۱۳۷۸، ۶.

این نظر قابل مناقشه است. چه آنکه، نیازی نیست برای عقد دانستن معامله‌ای به دنبال مفهوم انشایی اعتباری آن باشیم. استصناع - همان‌گونه که گفته شد - عبارت است از اتفاق طرفین معامله بر اینکه سازنده آنچه را سفارش دهنده می‌خواهد بسازد و به او عرضه دارد تا او هم در موعد مقرر آن را به قیمتی که قبلاً بر آن توافق کرده بودند از سازنده بخرد. بر این اساس، عقد بیع بعد از این توافق منعقد خواهد شد اما عقدی که فعلاً واقع شده عقد استصناع است که عبارت است از توافق میان سازنده و سفارش‌دهنده بر التزام هریک از آن دو در قبال دیگری به کاری که مطلوب دیگری است و نفع او در آن است. سازنده ملزم به تهیه صنعت خویش و عرضه آن در وقت مقرر به سفارش‌دهنده برای خرید آن است و سفارش‌دهنده نیز بعد از آماده و عرضه شدن صنعت، ملتزم به خرید آن به قیمتی است که قبلاً یا هنگام خرید بر آن توافق کرده‌اند. همین اندازه در صدق عنوان عقد بر استصناع کفایت می‌کند و نیازی به شرط بیع یا تملیک نیست. چه آنکه، عقد چیزی جز التزام و تعهد در قبال التزام و تعهدی دیگری نیست و به بیانی دیگر، عقد یک التزام طرفینی متقابل به امری متفق علیه است. بنابراین، با تمسک به برخی از ادله صحت و نفوذ عقود مثل «أوفوا بالعقود» می‌توان گفت که وفای به این عقد نیز لازم است و اثر لزوم این عقد نیز عبارت است از وجوب ساخت بر سازنده و وجوب خرید بر سفارش‌دهنده بعد از اتمام ساخت و این وجوب تکلیفی است.

ایراد دوم: عقد، صرف التزام قطعی به انجام کاری برای دیگری نیست و گرنه هرگونه وعده‌ی قطعی به انجام کاری عقد شمرده می‌شد. مثلاً اگر کسی ملتزم شد که برای دیدن دوستش به مسافرت برود و یا التزام‌هایی از این قبیل، آن را باید از عقدهای لازم و واجب‌الوفاء دانست درحالی که از نظر فقهی بدون هیچ اشکالی این قبیل التزامها نوعی وعده غیر الزام‌آور به حساب می‌آیند. فرق میان عقد و وعده یا شروط ابتدایی، این نیست که عقد قطعی است و وعده مردد و مشکوک می‌باشد. هم چنین فرق این دو در آن نیست که عقد مشتمل بر دو التزام دو جانبه و وعده، فقط مشتمل بر یک التزام یک طرفه است؛ چرا که در برخی از عقود مثل هبه نیز التزام یک جانبه است. از التزام تکلیفی به انجام عملی، هرگز یک رابطه وضعی پدید نمی‌آید بلکه حتماً در این جا باید یک رابطه‌ی وضعی متعلق بدان وجود داشته باشد و التزام عبارت است از انشای همین رابطه وضعی به صورت مسبب شخصی که موضوع امضاء در اعتبار قانونی، عقلایی و یا شرعی است. بر این اساس، التزام سازنده به ساختن کالا در قبال التزام

سفارش‌دهنده به خرید آن بعد از ساخت عقد نیست مگر اینکه این التزام به تملیک عین یا عمل یا به پرداخت حقی از سازنده به سفارش‌دهنده بازگردد که در این صورت التزام مذکور به همان عقد بیع یا اجاره و امثال آن باز می‌گردد و عقد مستقلی نخواهد بود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ۷).

این نظر قابل مناقشه است. چه مانعی وجود دارد که بگوئیم در این مقام، سفارش‌دهنده مالک حق ساخت و تهیه آن کالا توسط سازنده می‌شود و در قبال آن سازنده مالک حق خرید آن از سوی سفارش‌دهنده می‌گردد. بر این اساس هریک از این دو دیگری را به پرداخت حق خود ملزم می‌کند و در این صورت التزام مذکور متعلق به یک رابطه‌ی وضعی است یا پیامد آن ایجاد یک رابطه وضعی است و بنابراین یک عقد مستقل خواهد بود.

ایراد سوم: فقها معتقدند که مبیع باید در زمان عقد موجود باشد تا تملیک صورت پذیرد. چه آنکه، حق قائم به معدوم نمی‌شود و تراضی درباره‌ی فروش مالی که وجود خارجی ندارد صحیح نیست. مشهور فقها نیز تعلیق در تملیک را نمی‌پذیرند و معتقدند که تملیک باید منجز باشد و در زمان وقوع عقد صورت پذیرد (محقق حلی، ۱۳۸۸، ۷، ۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۲، ۱۲؛ محقق کرکی، ۹، ۳۷؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۳، ۵۳). این بدان معنی است که مالکیت از مقوله اعراض است و شکی نیست که اعراض وجود پیدا نمی‌کند مگر اینکه دارای محلی باشد و کلی فی الذمه - که قرار داد استصناع هم از همین نوع است - قبل از بیع وجود خارجی ندارد تا بتواند محلی برای ملکیت باشد (محقق اصفهانی، بی تا، ۲۶)!

این نظر قابل مناقشه است. چه آنکه بیع انتقال فعلی ملک از مالک به دیگری است، چه مالک فعلاً مالک شود و چه در آینده مالک شود. مثلاً وقتی گندم هم اکنون وجود ندارد و شخصی بگوید که یک من گندم را به تو فروختم معنای آن این است که گندمی را که در آینده مالک آن خواهم شد به تو انتقال می‌دهم. یعنی انتقال فعلی است ولی ملک فعلی نیست. بنابراین، گرچه انتقال فعلی است ولی انتقال از اعراض نیست تا محتاج محل باشد و آنچه که از اعراض است یعنی ملک فعلی نیست تا ایراد مذکور صحیح باشد (زراقی، ۱۴۰۸، ۲۵).

بنابراین، بین انتقال و تملیک باید قائل به تفکیک شد. تملیک می‌تواند به صورت معلق صورت پذیرد - همان گونه که اجاره به شرط تملیک و وصیت از این قبیل است - به علاوه، انتقال مبیع در زمان عقد از مقتضیات اطلاق عقد است و طرفین می‌توانند آن را معلق به وجود مبیع در آینده قرار دهند. علاوه بر آن، قانونگذار در مواد ۱۸۴ و ۱۸۹ ق.م.صحت عقد معلق را پذیرفته است و موارد بطلان

- وقف، ضمان و نکاح- را در قانون به صراحت ذکر کرده است. بنابراین، تردیدی در پذیرش تعلیق در عقد بیع نیز باقی نمی ماند. ثانیاً؛ وجود شرط موجودبودن مبیع در حین عقد اختصاص به تعهداتی دارد که موضوع آن عین معین باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۷۵). چه آنکه، در این موارد عقد تملیکی است و مورد معامله توسط یکی از متعاملین به دیگری تملیک و مورد انتقال قرار می گیرد و تنها مال موجود می تواند مورد تملیک قرار گیرد. به همین جهت در این گونه موارد هرگاه عین در زمان انتقال موجود نباشد به موجب ماده‌ی ۳۶۱ ق.م.عقد باطل است. اما در عقود که مورد معامله، کلی فی الذمه باشد آن چه اهمیت دارد، توانایی متعهد و امکان اجرای تعهد است و وجود عین یا مورد معامله هنگام انعقاد عقد ضرورتی ندارد (رفیعی، ۱۳۷۸، ۱۴۸-۱۴۷).

بنابراین، به محض انعقاد عقد استصناع، نسبت به کالای مورد نظر غیر موجود، تملیک صورت نمی گیرد، بلکه پس از ساخت این کالای مورد توافق توسط سازنده اثر اصلی عقد استصناع یعنی تملیک صورت می گیرد و سفارش دهنده دارای حق عینی می شود. در نتیجه، سازنده حق ندارد آن کالای ساخته شده ی مورد توافق را به دیگری منتقل کند.

۴- برآمد

با بررسی و تحلیل نظرات و دیدگاه‌های مختلف پیرامون قرار داد استصناع، به نظر می رسد در خصوص ماهیت حقوقی قرار داد استصناع دو دیدگاه عمده وجود دارد: دیدگاه اول؛ تحلیل ماهیت حقوقی قرار داد استصناع بر مبنای ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی. مطابق این دیدگاه، قرار داد استصناع یک قرارداد خصوصی است و مقررات مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات و قواعد عمومی معاملات بر آن حاکم است و طرفین نسبت به تعهدات قرار دادی خویش در مقابل یکدیگر مسؤول اند.

دیدگاه دوم؛ قرارداد استصناع به عنوان یک عقد مستقل است. مطابق این دیدگاه، قرارداد استصناع یک عقد مستقل است که تمام شرایط آثار عقد بر آن بار خواهد شد. در این نوع عقد، انتقال مالکیت مبیع همزمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص مبیع صورت می گیرد و تملیک با وجود پیدا کردن مبیع صورت می گیرد. به عبارتی دیگر، این عقد را می توان به عنوان یک عقد مستقل معلق دانست که به محض تحقق معلق علیه- یعنی زمانی که آن کالای مورد توافق طرفین ساخته و آماده‌ی تحویل شد- اثر اصلی عقد که همان انتقال مالکیت است تحقق می یابد و در صحت عقد معلق نیز با توجه به مقررات

قانون مدنی تردیدی وجود ندارد.

به نظر می‌رسد که قرار داد استصناع از لحاظ ماهیتی به عنوان یک عقد مستقل با شرایط جدید است که ناشی از تحولات و پیشرفت‌های جامعه و نیاز اساسی افراد به ساخت هر نوع کالای مورد نظر، خصوصاً در کشورهای در حال توسعه است و همچنین برای حمایت از حقوق سفارش‌دهنده در برابر شرکت‌ها و کارخانه‌های تولیدی بزرگ ضرورت دارد و به مصلحت عمومی است. چه آنکه اگر قرار داد استصناع فقط به شکل تعهد بر ساختن و انتقال دادن باشد، سازنده می‌تواند با پول سفارش‌دهنده آن کالای مورد نظر را بسازد و به او انتقال ندهد. گاهی او می‌تواند به چند برابر بهای قراردادی، کالای ساخته شده‌ی خود را بفروشد و جوابی برای عهدشکنی خود نیز ندهد. اگر این دیدگاه ناصواب پذیرفته شود، کالای ساخته شده از آن اوست و اگر به غیرانتقال دهد، مال خود را انتقال داده است. سفارش‌دهنده فقط می‌تواند پولی را که چندین سال دست سازنده‌ی توانا بوده است استرداد نماید و چنین تفسیری دور از عدالت است.

فهرست منابع

- ۱- ابن حمزه، ابی جعفر محمد بن علی طوسی، (۱۴۰۸)، الوسيله الی نیل الفضيله. تحقیق: محمد الحسون، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، قم، چاپ اول.
- ۲- ابن عابدین، محمد امین، (۱۴۱۵)، حاشیه رد المختار علی الدرالمختار، جلد ۵، دارالفکر، بیروت.
- ۳- ابن فهد حلی، ابی عباس احمد بن محمد، (۱۴۱۱)، المهدب البارع فی شرح المختصر النافع. تحقیق: مجتبی عراقی، جلد ۲، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
- ۴- ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم، (۱۴۰۵)، لسان العرب، جلد ۷ و ۱۳، انتشارات الادب الحوزه، قم.
- ۵- انصاری، محمد علی، (۱۴۱۵)، الموسوعه الفقهيہ الميسره، جلد ۲، مجمع الفکر الاسلامی، قم.
- ۶- امام خمینی، روح‌الله (با تقریر آیت‌الله محمدی گیلانی)، (۱۳۷۴)، بیمه، فقه اهل بیت، سال اول، شماره اول.
- ۷- امام خمینی، روح الله، (۱۳۹۰)، تحریرالوسيله، جلد ۱، دارالکتب العلمیه، قم، چاپ اول.
- ۸- امامی، حسن، (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، جلد ۱ و ۲، انتشارات اسلامیه، تهران.
- ۹- بندر ریگی، (۱۳۷۴)، المنجد، جلد ۱، انتشارات ایران، تهران.
- ۱۰- پاسخ پرسشها از کمیسیون و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی، (۱۳۸۰)، نشر دادگستر، تهران.
- ۱۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، دائره المعارف، حقوق مدنی و تجارت، جلد ۱، چاپخانه مشعل آزادی.

- ۱۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۸)، دانشنامه حقوقی، جلد ۵، انتشارات امیرکبیر، تهران.
- ۱۳- حلی، ابو منصور حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه حلی)، (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام، جلد ۲، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول.
- ۱۴- حلی، حسن بن یوسف، (۱۳۸۸)، تذکره الفقهاء، مکتبه الرضویه لاحیاء الایثار الجعفریه، چاپ سنگی، تهران.
- ۱۵- حنفی مصری، ابن نجیم، (۱۴۱۸)، البحر الرائق شرح کنزالدقائق، جلد ۶، دارالکتب العلمیه، بیروت، چاپ اول.
- ۱۶- خوانساری، احمد، (۱۳۵۵)، جامع المدارک فی الشرح المختصر النافع؛ تحقیق: علی اکبر غفاری، جلد ۳، مکتب صدوق، تهران، چاپ دوم.
- ۱۷- خاوری، محمود رضا، (۱۳۸۴)، حقوق بانکی، مؤسسه عالی بانکداری ایران، چاپ چهارم.
- ۱۸- رستم‌باز، (۱۹۸۵)، شرح المجله، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت.
- ۱۹- رفیعی، محمدتقی، (۱۳۷۸)، مطالعه تطبیقی غرر در معامله، دفتر تبلیغات اسلامی، قم.
- ۲۰- رئیسی، مصطفی، (۱۳۷۰)، جعالمه در اقتصاد اسلامی و حقوق ایران، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، قم.
- ۲۱- الزحیلی، وهبه، (۱۷۸۹)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد ۴، دارالفکر، دمشق.
- ۲۲- سرخسی، شمس‌الدین، (۱۴۰۶)، المبسوط، جلد ۱۲ و ۱۵، دارالمعرفه، بیروت.
- ۲۳- سمرقندی، علاء‌الدین، (۱۴۱۴)، تحفه الفقهاء، جلد ۲، دارالکتب العلمیه، بیروت، چاپ دوم.
- ۲۴- شهید اول، محمدبن مکی، (۱۳۸۲)، لمعه دمشقیه، جلد ۱، انتشارات دارالفکر، قم.
- ۲۵- شهید ثانی، زین‌الدین الجبعی‌العالمی، (۱۴۱۰)، شرح للمعه، جلد ۲ و ۳، به اشراف: محمد کلانتر، انتشارات داوری، قم، چاپ دوم.
- ۲۶- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۷)، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد ۱، نشر حقوقدان، تهران، چاپ اول.
- ۲۷- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۸)، حاشیه المکاسب، جلد ۲، (دوره ۲ جلدی)، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
- ۲۸- طباطبایی، علی، (۱۴۰۴)، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، جلد ۱ (دوره ۲ جلدی)، مؤسسه آل‌ال‌بیت للطباعه و النشر، چاپ سنگی، قم.
- ۲۹- فاضل‌الآبی، زین‌الدین ابی‌علی‌الحسن بن ابی‌طالب، (۱۴۰۸)، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، جلد ۱، تحقیق: اشتهااردی و یزدی، مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۳۰- فاضل مقداد، جمال‌الدین، (۱۴۰۳)، نضد قواعد العربیه، تحقیق: عبدالطیف کمری، انتشارات کتابخانه آیت‌الله عظمی مرعشی.
- ۳۱- قمی، ابوالقاسم، (۱۴۱۳)، جامع الشتات (فارسی)، جلد ۲ (دوره ۴ جلدی)؛ تصحیح: مرتضی رضوی، انتشارات کیهان.

- ۳۲- کاشانی حنفی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود، (۱۳۲۸)، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، جلد ۵، چاپخانه جمالیه، قم.
- ۳۳- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۴)، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۱ و ۲، انتشارات بهنشر، تهران.
- ۳۴- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)، شرکت سهامی، تهران.
- ۳۵- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، نشر دادگستر، تهران، چاپ دوم.
- ۳۶- کرکی، علی بن حسین، (۱۴۰۸)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴ و ۵، مؤسسه آل البیت، قم، چاپ اول.
- ۳۷- مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۳)، بحار الانوار، جلد ۲ (دوره ۱۱۰ جلدی)، مؤسسه الوفاء، بیروت، چاپ دوم.
- ۳۸- محقق اصفهانی، محمد حسین، (بی تا)، بحوث فی الفقه، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
- ۳۹- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۴۰۹)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد ۲؛ تحقیق: صادق شیرازی، انتشارات استقلال، تهران.
- ۴۰- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۴۱۰)، مختصر النافع فی فقه الامامیه. تحقیق: شیخ قمی، مؤسسه بعثت، تهران.
- ۴۱- مؤمن قمی محمد، (۱۳۷۶)، استصناع، فقه اهل بیت سال سوم، شماره ۱۱ و ۱۲.
- ۴۲- محمدی، ابوالحسن، (۱۳۷۳)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، چاپ هشتم.
- ۴۳- مقدس اردبیلی، احمد، (۱۴۰۴)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، جلد ۸، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
- ۴۴- میر معزی، سیدحسن، (۱۳۷۸)، صلح و جعاله: بدیل های مناسب برای عقود بانکی، فقه اهل بیت، سال پنجم، ش ۱۹ و ۲۰.
- ۴۵- نراقی، ملا احمد، (۱۴۰۸)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، چاپ سنگی، مکتبه بصیرتی، قم.
- ۴۶- وزاره الاوقاف والشئون الاسلامیه الکویت، (۱۴۰۴)، الموسوعه الفقهیه، جلد ۳، دارالصفوه، کویت.
- ۴۷- هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۳۷۸)، استصناع، فقه اهل بیت، سال پنجم، ش ۱۹ و ۲۰.