

استقلال یا عدم استقلال

عقد استصناع

○ محمدنقی نظربور*

چکیده

قرارداد استصناع یا سفارش ساخت کالا، امروزه به دلیل کاربرد وسیع آن در بسیاری از جوامع در عرصه نیازهای شخصی و اجتماعی، به صورتی گسترده رواج دارد. امروزه بسیاری از شرکت‌ها، نهادها و مؤسسات، کالاهایی را تقاضا می‌کنند که نه تنها هم‌اکنون موجود نیست، بلکه از ابتدا تا انتها باید اجزای آن با ویژگی‌های مورد نظر طراحی و ساخته شود. در این موارد شرکت سازنده اگر سفارش ساخت نداشته باشد، تن به ساخت این کالا نمی‌دهد؛ زیرا چه بسا در فروش یا حتی در تأمین مالی، برای خرید مواد اولیه مورد نیاز، برای ساخت آن نیز دچار مشکل شود. این قراردادها در قالب عقد استصناع به سهولت قابل انعقاد است.

با مراجعه به منابع موجود فقهی به دنبال پاسخ به این سؤال هستیم که آیا عقد استصناع

* استادیار گروه اقتصاد دانشگاه مفید nazarpur@mofidu.ac.ir

در دیدگاه فقهای پس از شیخ، عقدی مندرج در دیگر عقود است (عدم استقلال) یا عقدی مستقل محسوب می شود؟

نتایج به دست آمده حکایت از آن دارد که عقد استصناع را در قالب بیع مستقل و یا عقد مستقل می توان تصحیح کرد.

واژگان کلیدی: عقد استصناع، صحت فقهی، دیدگاه متقدمین امامیه، دیدگاه مذهب

حنفیه

مقدمه

قرارداد استصناع یا سفارش ساخت از قراردادهایی است که گرچه در گذشته دور به صورت محدود استفاده می شد، ولی امروزه به طور وسیعی کاربرد دارد. از آنجا که نیاز ما در اختراع است، این عقد از ابتدا به دلیل نیاز طبیعی مردم به آن به وجود آمد؛ زیرا نیازها و تمایلات همه مردم در کیفیت کالای مورد نظر یکسان نیست.

این عقد در بسیاری از جوامع در عرصه نیازهای شخصی و اجتماعی به صورتی گسترده رواج دارد. اگر در موارد نیازهای شخصی، مواد اولیه یا کالای مورد نظر به نوعی در بازار موجود بود، ولی این کالا به طور دقیق مطابق با نیازها و سلیقه و ذائقه همه افراد نبود، امروزه کالاهایی تقاضا می شود که نه تنها هم اکنون موجود نیست، بلکه از ابتدا تا انتها باید اجزای آن با ویژگی های مورد نظر طراحی و ساخته شود؛ نظیر کشتی های غول پیکر که حتی مواد اولیه آن نیز در نزد سازنده بالفعل موجود نیست و چه بسا باید سفارش ساخت آن به شرکت فولاد داده شود. در این موارد شرکت سازنده اگر سفارش ساخت نداشته باشد، تن به ساخت این کالا نمی دهد؛ زیرا ممکن است در فروش یا حتی در تأمین

مالی آن دچار مشکل شود.

تاکنون با عنوان قرارداد استصناع در سطح بین‌المللی، احداث برج‌های اداری، مسکونی و تجاری، جاده و آزادراه، توسعه سیستم‌های برق، توسعه و تجهیز سیستم تصفیه آب، احداث پل‌ها و توسعه بنادر و... صورت عملی به خود گرفته است. در عرصه بین‌المللی این قرارداد به Construction Contracts (قرارداد ساخت) شهرت دارد گرچه بسیاری از قراردادهای بین‌المللی که در چارچوب^۱ B.O.T اجرا می‌شود قابل انطباق بر قرارداد استصناع است.

در این مقاله به دنبال پاسخ‌گویی به این پرسش هستیم که ماهیت فقهی این قرارداد چیست؟ آیا قراردادی است که در چارچوب قراردادهای فقهی متعارف و مندرج در کتاب‌های فقها نظیر عقد سلم، بیع، جعاله و اجاره می‌گنجد یا مرکب از چند عقد است و یا عقدی مستقل و متمایز از دیگر عقود با چارچوب‌های ویژه خود است؟ اگر در چارچوب عقود متعارف بگنجد، طبیعی است در صورت داشتن شرایط ویژه بر عقود، همان احکام بر این عقد نیز اجرا می‌شود و اگر عقد مستقلی محسوب شود، لازم است ماهیت آن و چارچوبی که عقلاً برای آن در نظر می‌گیرند و بدان عمل می‌کنند، تبیین شود.

نتایج به دست آمده حکایت از آن دارد که عقد استصناع را می‌توان در قالب بیع مستقل و یا عقد مستقل تصحیح کرد. در این تحقیق، ابتدا به تعریف معنای لغوی و اصطلاحی و سپس ارکان عقد استصناع می‌پردازیم و پس از آن دیدگاه متقدمین از فقهای امامیه و مذاهب اربعه در عقد استصناع و نقد و بررسی ادله آنان و سرانجام به مبانی صحت عقد استصناع و جمع‌بندی و نتیجه‌گیری پرداخته می‌شود.

۱. (Build- Operate- Transfer) ساخت - راه‌اندازی - انتقال مالکیت).

معنای لغوی استصناع

استصناع در لغت از ماده صنع و از باب استفعال مصدر فعل «استصنع» به معنای طلب احداث یا انجام کاری است. در لسان العرب^۲ به سه شکل بیان شده است: استصنع الشيء أي دعا إلى صنعه و أصله صنع يصنع صنعا فهو مصنوع و صنيع؛ شیء را به استصناع داد، یعنی سفارش ساخت آن را داد و اصل آن از فعل ثلاثی مجرد «صنع»، مضارع آن يصنع و مصدر آن صنع (به ضم صاد) است و همچنین در المعجم الوسيط^۳ آمده است: استصنع فلاناً كذا: طلب منه أن يصنعه له؛ به فلانی برای ساخت کالایی استصناع داد؛ یعنی از او درخواست کرد که آن کالا را برای او بسازد. بنابراین، اگر کسی از نجار بخواهد برای او نردبانی بسازد، از نظر لغوی این استصناع است؛ تفاوتی نمی کند که چوب را سفارش دهنده تهیه کند و به نجار بدهد یا اینکه نجار خود آن را تهیه کند و سپس نردبان را بسازد.

معنای اصطلاحی استصناع

قرارداد استصناع یا سفارش ساخت: قراردادی است بین دو شخص، اعم از حقیقی و حقوقی، مبنی بر تولید کالایی خاص یا اجرای پروژه یا طرحی با ویژگی های مشخص در آینده که به وسیله سفارش گیرنده (پیمانکار) در ازای گرفتن هزینه آن در زمان مشخص توافق شده است که می تواند بخشی از آن به صورت نقد و بخشی دیگر به صورت اقساط به تناسب پیشرفت فیزیکی کار یا حتی مستقل از آن و یا براساس زمان بندی کوتاه مدت یا بلند مدت است؛ برای

۲. ابن منظور، لسان العرب، ج ۷، ص ۲۹۱.

۳. المعجم الوسيط، ص ۵۲۵.

مثال از یک ساله تا ده ساله، متعهد می‌شود، مواد اولیه و کالاهای مورد نیاز برای اجرای پروژه را خود به طور مستقیم تهیه کند و در زمان مشخص، کالا یا پروژه مورد نظر را به سفارش دهنده تحویل دهد.

نکات زیر در تعریف استصناع قابل توجه است:

- استصناع از آنجا که قرارداد (عقد) است، لازم است دو طرف داشته باشد که شرایط عمومی قراردادها (نظیر اختیار، عقل، بلوغ، و...) را دارا بوده و با تراضی خود که به صورت ایجاب و قبول نمایان می‌شود، آن را امضا کنند. طرفین قرارداد افراد حقیقی یا نمایندگانی از نهادها، مؤسسات و شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی و غیراقتصادی می‌توانند باشند.

- کالا یا طرح در زمان انعقاد قرارداد معدوم است و مقصود از قرارداد، تولید و ایجاد آن است.

- استصناع در باره کالاهایی جریان می‌یابد که ساخته می‌شود و به کالاهای طبیعی نظیر میوه‌ها و سبزیجات و حبوبات تعلق نمی‌گیرد و فروش این کالاها در قالب سلم می‌تواند محقق شود گرچه بسته بندی و فراوری این کالاها را می‌توان در قالب عقد استصناع قرارداد.

- در استصناع باید اوصاف کالا یا ویژگی‌های پروژه مورد نظر به روشنی تبیین شود، به گونه‌ای که هیچ‌گونه ابهام و جهالتی در بین نباشد.

- مبلغ قرارداد باید معین شود، ولی لازم نیست همه یا بخشی از آن، در مجلس عقد پرداخت شود، بلکه می‌توان با توافق طرفین قرارداد، بخشی به صورت بیعانه قبل از شروع کار و باقیمانده به تناسب پیشرفت فیزیکی کار یا مستقل از آن با زمان بندی خاص و یا به طور کل به صورت اقساط به سازنده یا پیمانکار پرداخت شود.

- مواد اولیه و دیگر تجهیزاتی که برای ساخت کالا با همه خصوصیات و ویژگی های مورد نظر، لازم است توسط سفارش گیرنده تدارك دیده شود و سفارش دهنده موظف به تدارك این امور نیست و مبلغی که سفارش دهنده می پردازد شامل همه کالاها و خدماتی می شود که برای تحویل نهایی کالا یا طرح مورد قرارداد، لازم است تدارك دیده شود.

- در صورت تطابق کالا یا طرح مورد نظر با مشخصات مذکور در قرارداد، سفارش دهنده ملزم به گرفتن کالا و انجام تعهدات متقابل است.

ارکان عقد استصناع

برای تحقق عقد استصناع در نظر گرفتن پنج رکن زیر لازم است:

۱. سفارش دهنده (مستصنع): کسی که ساخت کالای معین یا احداث طرح مشخصی را به دیگری (صانع، پیمانکار) سفارش می دهد.
۲. سفارش پذیر (صانع یا پیمانکار): کسی که می پذیرد کالای خاصی را بسازد یا طرحی خاص را با ویژگی های مشخص به طرف مقابل در زمان مشخص تحویل دهد. سفارش دهنده و گیرنده می توانند شخصیت حقیقی یا حقوقی باشند.
۳. ایجاب و قبول: این قرارداد نظیر همه قراردادهای دیگر می تواند با لفظ، نوشتار یا عملی حاکی از اراده و رضایت طرفین قرارداد منعقد شود.
۴. موضوع قرارداد (مورد الاستصناع): کالا یا طرحی است که با ویژگی ها و شرایط مشخص که در متن عقد بیان شده و یا اینکه سفارش ساخت، مبتنی بر آن شرایط بوده است، به توافق طرفین بینجامد.
۵. مبلغ قرارداد: مبلغی که لازم است به سازنده کالا یا پیمانکار طرح در قبال انجام کار در زمان بندی مشخص توسط سفارش دهنده پرداخت شود.

دیدگاه فقهای امامیه

گرچه امروزه این عقد به صورتی گسترده استفاده می شود، ولی به دلایلی فقهای امامیه بسان فقهای اهل سنت به این موضوع نپرداخته اند. از این رو، در کتب فقهی امامیه با آن همه گستردگی، کتابی به نام کتاب الاستصناع مشاهده نمی شود.

در میان فقهای متقدم شیعه تنها محمد بن الحسن بن علی الطوسی معروف به شیخ طوسی و شیخ الطایفه (۳۸۵-۴۶۰ هـ. ق) و ابی جعفر محمد بن علی الطوسی معروف به ابن حمزه^۴ و یحیی بن سعید الحلّی معروف به ابن سعید (۶۰۱-۶۹۰ هـ. ق) به اختصار به این موضوع پرداخته اند.

شیخ طوسی در کتاب «الخلاف»^۵ می گوید:

استصناع در چکمه، کفش و ظروفی که از چوب، برنج، سرب و آهن ساخته می شود، روا نیست. شافعی نیز بر همین عقیده است. ابوحنیفه معتقد است این قرارداد جایز است؛ زیرا مردم این گونه قراردادها را منعقد می کنند. دلیل ما بر باطل بودن این قرارداد، اجماع بر عدم وجوب تسلیم کالای مورد قرارداد است، چون سفارش گیرنده مختار است که کالا را تسلیم یا قیمت آن را برگرداند و همین طور خریدار ملزم به تحویل گرفتن کالای ساخته شده نیست. اگر این قرارداد صحیح بود، نباید چنین رفتار می شد. علاوه بر این کالای مورد قرارداد مجهول است به گونه ای که نه با دیدن مشخص می شود و نه ویژگی های آن قابل توصیف است، پس منع از قرارداد مزبور لازم است.

۴. ابن حمزه از علمای قرن ششم است که تاریخ ولادت و وفات او معلوم نیست و در خارج نجف مدفون است و دارای بقعه ای است که زیارت می شود. مقدمه تحقیق «الوسيلة إلى نیل الفضیله»، ص ۱۹-۱۷.

۵. شیخ الطائفة الامامیة، محمد بن الحسن الطوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۲۱۵.

همچنین ایشان در کتاب «المبسوط»^۶ و کتاب «السلم» بیان می‌کند:

استصناع در چکمه، کفش و ظروف چوبی، رویی، آهنی و مسی جایز نیست و اگر چنین سفارشی صورت گرفت، قرارداد آن صحیح نیست و سازنده اختیار دارد آن را به سفارش دهنده تحویل دهد یا ندهد اگر آن را تحویل داد، سفارش دهنده مخیر است آن را بپذیرد یا نپذیرد.

صریح کلام شیخ طوسی در کتاب «خلاف» بی اثر بودن عقد استصناع است که مساوی با بطلان آن است. ایشان سه دلیل زیر را بر بطلان عقد ارایه کرده اند:

دلیل اول: اجماع بر عدم وجوب تسلیم کالا؛

دلیل دوم: مختار بودن طرفین در انجام تعهدات متقابل؛

دلیل سوم: مجهول بودن کالای مورد قرارداد.

همچنین ظاهر کلام ایشان در کتاب «مبسوط» که این عقد را جایز نمی‌دانند نیز بطلان عقد است. مقصود از بطلان نیز کان لم یکن بودن این عقد و عدم ترتب اثر مطابق مقتضای آن است. از آنجا که ایشان استصناع را باطل می‌دانند، این عقد را در قلمرو عقدی از عقود قرار نمی‌دهند.

پس از یک قرن و نیم از وفات شیخ در قرن ششم، ابن حمزه و ابن سعید هر کدام به اختصار به استصناع اشاره کرده اند. ابن حمزه می‌گوید: «کسی که از قبل سفارش ساخت کالایی را بدهد و سفارش پذیر (صنعتگر) این را بسازد، می‌تواند آن را به سفارش دهنده تسلیم کند یا نکند و سفارش دهنده مخیر است بین اینکه بپذیرد یا نپذیرد»^۷. ابن سعید نیز می‌گوید: «استصناع کالایی نظیر کفش، عقدی غیر لازم است و سفارش دهنده می‌تواند کالای ساخته شده را قبول نکند»^۸. ظاهر

۶. المبسوط في فقه الاماميه، ج ۲، ص ۱۹۴.

۷. ابن حمزه، ابی جعفر محمد بن علی الطوسی، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، تحقیق: شیخ محمد الحسون، ص ۲۵۷.

۸. حلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرايع، با اشراف استاد جعفر سبحانی، ص ۲۵۹.

کلام هر دو، صحت این عقد است، منتهی معتقدند که این عقد، عقدی جائز و نه لازم برای دو طرف است.

برخی از فقهای معاصر امامیه نظیر مؤمن،^۹ و هاشمی شاهرودی^{۱۰} و تسخیری^{۱۱} و موسوی بجنوردی^{۱۲} نیز عقد استصناع را مطرح و به برخی جنبه‌های فقهی آن پرداخته‌اند. از بررسی‌های به عمل آمده آشکار شد که بیشتر مراجع و فقهای شیعه به صحت این عقد معتقدند، گرچه در اینکه این عقد صحیح، بیعی مستقل یا عقدی مستقل و یا در قالب اجاره، جعاله و یا صلح می‌گنجد، اتفاق نظر وجود ندارد.

اندراج عقد استصناع در عقود دیگر یا استقلال آن

آیا استصناع ماهیتی جدا از عقود معنون در فقه دارد یا خیر؟ اگر استصناع در قالب عقود نظیر بیع، اجاره، جعاله، سلم و... گنجانده شود و شرایط ویژه آن عقود را داشته باشد، از حکم مشروعیت و صحت نیز برخوردار خواهد بود. اما اگر برای استصناع با توجه به قراردادهای متعارف و روزمره، بتوان ماهیتی مستقل تصور کرد، ماهیت آن عقد مستقل چیست؟ آیا چنین عقد و قراردادی مشروع است و در صورت مشروعیت، احکام مرتبط با چنین عقدی چیست؟

برای بررسی بیشتر، لازم است از دو جنبه بحث را پیگیری کنیم: اول اینکه، بررسی امکان اندراج عقد استصناع در دیگر عقود نظیر سلم، اجاره، جعاله یا

۹. مؤمن قمی، محمد، استصناع(قرارداد سفارش ساخت)، مجله فقه اهل بیت(ع)، شماره ۱۱-۱۲، ۱۳۷۶ ه. ش.

۱۰. هاشمی شاهرودی، سید محمود، «استصناع»، مجله فقه اهل بیت(ع) شماره ۱۹-۲۰، ۱۳۷۸ ه. ش.

۱۱. تسخیری، محمدعلی، مجله مجمع الفقه الاسلامی، الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامی، المجلد السابع، الجزء الثاني، ص ۷۵۹، ۱۴۱۲ ه. ق.

۱۲. موسوی بجنوردی، سید محمد، القواعد الفقهیه، ج ۵، ص ۶۲.

صلح و یا ترکیبی از چند عقد است و دوم اینکه، اگر نتوانستیم استصناع را در قالب عقود متعارف و رایج در کتب فقهی شیعه قرار دهیم، آیا عقد مستقلی به عنوان استصناع از مشروعیت برخوردار خواهد بود؟

بحث اول: اندراج عقد استصناع در دیگر عقود

در این قسمت از بحث به شباهت‌ها و تفاوت‌هایی می‌پردازیم که بین عقد استصناع و دیگر عقود وجود دارد. مقصود از شباهت‌ها، شباهت در شروط عمومی انعقاد قراردادها در عرف و قانون نیست؛ زیرا در همه قراردادها باید ایجاب و قبول، اعم از لفظی یا معاطاتی تحقق یابد. طرفین باید اهلیت معامله داشته باشند و معامله با رضایت صورت پذیرد و عوض و معوض به طور کامل معلوم شود و جهالت و غرری در بین نباشد. در واقع مقصود، شباهت‌هایی است که سبب یکسانی یا نزدیکی ماهیت عقد استصناع با عقود دیگر شده به گونه‌ای که موجب اندراج این عقد در دیگر عقود شود.

نکته دیگر اینکه ممکن است ما بتوانیم قرارداد عقد استصناع را به گونه‌ای تنظیم کنیم که در یکی از عقود متعارف داخل شود؛ مثل اینکه قرارداد اجاره را به بیع برگردانیم، بدین معنی که برای مثال، به جای انعقاد عقد اجاره، منافع خانه به مدت یک سال به مستأجر فروخته شود^{۱۳}، ولی این سبب نمی‌شود ماهیت اجاره همان ماهیت بیع شود. از این رو، لازم است با دقت در ماهیت عقد استصناعی که در معاملات اقتصادی روزمره بین مردم و با مساعدت عرف عقلاً منعقد می‌شود (نه استصناع به معنای لغوی آن که طلب ساختن کالایی است، بلکه استصناع به معنای اصطلاحی آن) به بررسی یکسان یا یکسان نبودن عقد استصناع با دیگر عقود پردازیم؛ زیرا شارع مقدس، در حقایق عرفی عقلایی در چارچوب معاملات، دخل

۱۳. البته بنا بر این قول که مبیع می‌تواند علاوه بر عین، منفعت نیز باشد.

و تصرفی نمی‌کند، ولی می‌تواند آثار و احکام مترتب بر آن را تنفیذ یا رد کند. برای مثال معامله فرزند تاجری که به خوبی آموخته است که چگونه تجارت کند، و نفع و ضرر خود را تشخیص دهد، نزد عقلا حکم به صحت می‌شود و نقل و انتقال صورت می‌پذیرد، ولی با این همه، شارع آن را امضا نمی‌کند. همچنین است معاملات ربوی که عرف عقلا آن را صحیح می‌داند، ولی شارع آن را رد می‌کند. از این رو، لازم است موضوعات را از عرف و احکام را از شارع اخذ کنیم. پس از این مقدمه کوتاه، به شباهت‌ها و تفاوت‌های عقد استصناع با دیگر عقود می‌پردازیم تا امکان یا عدم امکان اندراج این عقد در دیگر عقود بررسی شود.

۱. عقد استصناع و عقد سلم

بیشتر عالمان اهل سنت (مالکی، شافعی و حنبلی) بر این اعتقادند که استصناع در عقد سلم داخل می‌شود. از این رو، شرایطی نظیر تسلیم ثمن در مجلس (نزد جمهور علمای اهل سنت) یا طی سه روز (نزد علمای مالکی) و شروط دیگر را معتبر می‌دانند و به همین دلیل جمهور عالمان اهل سنت، بحث استصناع را در چارچوب عقد سلم و نه به صورت مستقل مطرح کرده‌اند.^{۱۴} گرچه شباهت‌هایی بین استصناع و عقد سلم وجود دارد، اما آیا وجود برخی تفاوت‌ها، ماهیتی متفاوت از این دو را به تصویر می‌کشد؟ قبل از ورود به بحث مناسب است، حقیقت عقد سلم را شناسایی کنیم تا بتوانیم به خوبی شباهت‌ها و تفاوت‌های این دو را بررسی کنیم. امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله^{۱۵} در تعریف عقد سلم بیان می‌دارد: «هو ابتیاع کلی مؤجل بثمان حال عکس النسیئة؛ سلم خریدن کلی مدت دار در مقابل ثمن نقد است، عکس نسیه».

۱۴. زحیلی، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، ص ۱۲۰.

۱۵. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۱۷.

با توجه به این تعریف می توان گفت :

اولاً، خرید کلی مدت دار می تواند علاوه بر سلم شامل برخی مصادیق عقد استصناع هم بشود؛ زیرا در صورتی که مستصنع (سفارش دهنده) کلی مدت داری را خریداری کند، به واسطه این معامله عین موصوفه در ذمه سفارش گیرنده یا صانع می آید و آنها باید در موعد مقرر، عین را تسلیم سفارش دهنده کنند.

ثانیاً، اینکه کالاها در سلم و استصناع معدوم هستند، این دو مشابه یکدیگرند؛ زیرا معامله در کالایی صورت می پذیرد که نه در نزد فروشنده و سفارش گیرنده موجود است و نه اساساً وجود خارجی دارد، بلکه باید کار ساخت یا تولید آن پس از انعقاد معامله شروع شود.

ثالثاً، در استصناع، همانند سلم باید ویژگی ها و مشخصات کالای مورد نظر به طور کامل بیان شود تا خریدار نسبت به کالای خریداری شده، آگاهی کامل داشته تا بر این معامله، عنوان مجهول و بیع غرری بر آن منطبق نشود.

این شباهت ها سبب شده است، برخی از علمای شیعه و اهل سنت بحث استصناع را در قالب عقد سلم مطرح کنند.^{۱۶} همان گونه که پیش از این اشاره شد، در سلم و اجاره نمی توان گفت کالا معدوم است؛ زیرا کلی قابل اعتبار در ذمه معدوم محسوب نمی شود، بلکه اتصاف به معدومیت اختصاص به عین شخصی جزئی دارد.

بی تردید، می توان عقد استصناع را به صورت عقد سلم انشاء کرد و همه شرایطی که در عقد سلم لازم است، اگر پرداخت تمام مبلغ در مجلس عقد را رعایت کرد، در این صورت صانع موظف است کالای مورد توافق را در تاریخ معین تحویل سفارش دهنده بدهد، اما در بسیاری از موارد در عقد استصناع عرف

۱۶. شیخ الطائفه، محمد بن الحسن الطوسی، کتاب الخلاف، کتاب السلم، ج ۳، ص ۲۱۵؛ القره داغی، علی محیی الدین علی، بحوث في الاقتصاد الاسلامي، ص ۱۲۰.

عقلا و متشرعه تمام مبلغ قرارداد را در مجلس عقد پرداخت نمی کنند و عرفا نیز آن را داخل در عقد سلم نمی دانند و پیمانکارانی که عهده دار ساخت خانه های مردم با خصوصیات ویژه می شوند، نمی گویند با سفارش دهندگان این خانه ها عقد سلم منعقد کرده ایم.

علاوه بر اینکه در معنی و مفهوم استصناع، ساختن توسط شخص حقیقی یا حقوقی نهفته است، ولی در سلم ضرورتاً این گونه نیست، بلکه در باره هر کالایی چه ساخته شود و چه ساخته نشود، عقد سلم قابل انعقاد است. به همین جهت دلیل عمدتاً در تولیدات کشاورزی مطرح می شود، ولی در این دست تولیدات استصناع راه ندارد مگر اینکه ساخت محصول کشاورزی با دستکاری های ژنتیکی سفارش داده شود تا به طور دقیق کالای کشاورزی با همان ویژگی های مورد نظر تولید شود که در این صورت محصولات کشاورزی به محصولات صنعتی نزدیک می شود. گرچه قرارداد استصناع در بسته بندی مواد غذایی نظیر شیر، گوشت، مرغ و سبزیجات می تواند جریان داشته باشد. بنابراین، عقد سلم می تواند از نظر دایره شمول وسیع تر از استصناع شود.

نکته دیگر اینکه در استصناع به ویژه هنگامی که اتقان کار در صنعتگر یا خیاط یا پیمانکاری شهرت دارد، عمل خود فرد برای سفارش دهنده، موضوعیت پیدا می کند، به گونه ای که شرط مباشرت، شرط ضمنی محسوب می شود، در حالی که در سلم فقط عین موصوفه به صورت دین در ذمه فرد مستقر می شود و ضرورتی ندارد با عمل خویش آن کالا را تولید و تحویل دهد. مضاف بر اینکه از شرایط مهم صحت عقد سلم، تعیین زمان دقیق تحویل کالا است. در استصناع گرچه تاریخ ذکر می شود، ولی در صورتی که بدون تعیین وقت تحویل کالا، معامله غرری نشود، از شرایط صحت محسوب نمی شود.

تفاوت های این چنینی را در ماهیت عقد سلم و عقد استصناع سبب می شود با

اینکه مشهور فقیهان شیعه در وجوب تعجیل تمام ثمن در مجلس عقد سلم اختلافی ندارند و حتی معتقدند اگر فقط مقداری از ثمن در مجلس پرداخت شود، معامله به نسبت همان مقدار ثمن صحیح و در باقیمانده باطل است.^{۱۷} اکثریت مراجع و فقیهان شیعه به صحت عقد استصناع معتقد هستند، در حالی که در عقد استصناع به صورت متعارف مقدار بیشتری از ثمن به عنوان بیعانه گرفته و بقیه به تناسب پیشرفت کار و یا صرفاً براساس توافق طرفین پرداخت می‌شود.^{۱۸} همچنین این تفاوت‌ها سبب می‌شود با وجود این که همه فقیهان عقد سلم را عقدی لازم می‌دانند، برخی از فقیهان به ویژه اهل سنت این عقد را جایز قلمداد کنند.

این نکته بسیار قابل توجه است که در روایات، نشانی از لزوم پرداخت قیمت در قرارداد سلم دیده نمی‌شود و فقهای متقدم نیز تا زمان شیخ طوسی به لزوم پرداخت قیمت اشاره‌ای نکرده‌اند، در حالی که شرایط دیگر سلم، نظیر ذکر جنس، وصف، مقدار و تعیین مدت، در روایات تصریح و تأکید می‌شود و فقهای متقدم هم به بیان آنها پرداخته‌اند.

شیخ صدوق در کتاب «المقنع»^{۱۹} بیع سلف را مطرح کرده و آن را جایز دانسته است، ولی شرایط آن را ذکر نکرده است و در کتاب «الهدایه»^{۲۰} از بیع سلف سخنی به میان نیاورده است.

شیخ مفید در کتاب «المقنعه»^{۲۱} درباره بیع سلف بحث کرده است. وی ضمن

۱۷. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۱۸.

۱۸. مراجع و فقیهان، «استفتائات پیرامون عقد استصناع»، جمع‌آوری شده توسط نگارنده. ر. ک: کمیجانی و نظرپور، مجله علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ش ۳۰، تابستان ۱۳۸۷ ه. ش.

۱۹. الصدوق، محمدبن علی، المقنع، ص ۳۷۲.

۲۰. الصدوق، محمدبن علی، الهدایه، ص ۳۱۳-۳۱۵.

۲۱. المفید، محمدبن النعمان، المقنعه، ص ۶۱۱-۵۹۶.

اینکه آن را جایز دانسته، بر پاره‌ای از فقهای عامه که آن را جایز نمی‌دانند، اشکال کرده است، اما به شرایط صحت سلم، از جمله پرداخت قیمت اشاره‌ای ندارد. سیدمرتضی مشهور به «علم الهدی» در کتاب «الانتصار»، همانند استاد خود شیخ مفید، به جواز بیع سلف معتقد بوده و این اعتقاد را مختص امامیه دانسته و بر صحت آن ادعای اجماع کرده، ولی شرایط آن را بیان نکرده است.^{۲۲} شیخ طوسی در کتاب «النهایه» در بحث سلف، دو شرط برای آن بیان کرده است: «ذکر جنس و وصف مورد معامله و تعیین مدت معامله، اما به لزوم پرداخت قیمت اشاره‌ای نمی‌کند».^{۲۳}

بنابراین، علاوه بر این که در روایات به لزوم پرداخت قیمت تصریح نشده است، فقها نیز تا زمان شیخ طوسی پرداخت قیمت را جزو شرایط سلف ذکر نکرده‌اند و حتی شیخ طوسی در کتاب «النهایه»، با وجود اینکه در مقام بیان شرایط صحت بیع سلف بوده، ولی از لزوم پرداخت قیمت سخنی به میان نیاورده است. برخی دیگر مانند ابن جنید تأخیر پرداخت قیمت در بیع سلف را تا سه روز جایز دانسته‌اند،^{۲۴} ولی شیخ طوسی در کتاب «المبسوط»^{۲۵} در شرایط صحت بیع سلف، لزوم پرداخت قیمت را بیان می‌کند و در کتاب «الخلافا»^{۲۶} استدلال می‌کند که ما امامیه، بر این مطلب اتفاق داریم که عقد پس از قبض ثمن صحیح است و دلیلی بر صحت آن قبل از پرداخت قیمت نیست. پس از شیخ طوسی و بسیاری از فقها لزوم پرداخت قیمت را از شرایط صحت بیع سلف دانسته‌اند.^{۲۷}

۲۲. المرتضی، علی بن الحسین، الانتصار، ص ۴۴۴.

۲۳. الطوسی، محمد بن الحسن، کتاب النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۳۹۵.

۲۴. الاشتهاردی، علی پناه، مجموعه فتاوی ابن جنید، ص ۱۷۶.

۲۵. الطوسی، محمد بن الحسن، کتاب المبسوط، ج ۲، ص ۱۷۰.

۲۶. الطوسی، محمد بن الحسن، کتاب الخلافا فی فقه الامامیه، ج ۳، ص ۲۰۰.

۲۷. ابن زهره، حمزه بن علی الحلبي، غنية النزوع، ص ۲۲۷.

بررسی نظرات فقها روشن می‌سازد که لزوم پرداخت قیمت در سلم، نظریه مشهور است و حتی ادعا شده که فقها بر این نظر اجماع دارند، ولی با وجود این برخی از فقها در لزوم پرداخت قیمت در بیع سلم تردید دارند و دلیل قابل استنادی بر این ادعا نیافته‌اند. علاوه بر ابن جنید که به نظریه اش اشاره شد، احمد بن طاوس صاحب کتاب «البشرى»^{۲۸} و یوسف بحرانی صاحب کتاب «الحدائق الناضرة»^{۲۹} تصریح کرده‌اند که نص و دلیلی بر این مطلب وجود ندارد.^{۳۰}

در هر صورت اگر نظریه مشهور فقها و ادعای اجماع را بپذیریم و بنابراین که پرداخت قیمت در مجلس را برای سلم شرط بدانیم، تطبیق قرارداد استصناع بر سلم محدود به مواردی می‌شود که قیمت در مجلس عقد پرداخت می‌شود و اگر قیمت پرداخت نشود منطبق بر عقد سلم نخواهد بود.

اما اگر اجماع را به دلیل مدرکی بودن آن قابل استناد ندانیم، پرداخت قیمت در مجلس عقد لازم نیست و بنابراین این قرارداد، استصناع بر سلم منطبق می‌شود و اینکه عقد سلم به واسطه غلبه وجود خارجی در خرید و فروش کالاهای کشاورزی مورد استفاده قرار می‌گیرد، به درستی و مشروعیت قرارداد استصناع، لطمه‌ای وارد نمی‌سازد؛ زیرا در صورتی که عرفاً اطلاق بیع بر این قرارداد می‌شود، احکام مذکور بر آن بار می‌شود.

۲. عقد استصناع و عقد اجاره

عقد اجاره این گونه تعریف می‌شود: «هي العقد على تملك المنفعة المعلومة

۲۸. النجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۴، ص ۲۸۹.

۲۹. البحرانی، سید یوسف، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۰، ص ۱۵.

۳۰. صادقی، محمد، مطالعه تطبیقی قرارداد سفارش ساخت کالا در فقه و حقوق،

ص ۲۶-۲۷.

بعوض معلوم»^{۳۱} اجاره عقدی است بر تملیک منفعت معلومی در مقابل عوض معلومی .

از این تعریف آشکار می شود که اجاره عبارت است از تملیک منافع به عوض معلوم که شامل تملیک عین نمی شود. پس مستأجر نمی تواند تغییری را در اصل عین ایجاد کند و در غیر این صورت متعدی و متجاوز شناخته می شود. این منفعت می تواند منفعت بر عین یا بر ذمه باشد. زمانی که کالایی مثل خانه اجاره داده می شود، مورد اجاره منفعت بر عین است و هنگامی که فردی اجیر می شود که کاری را انجام دهد، مورد اجاره منفعت بر ذمه است. همچنین مورد اجاره باید کاملاً معلوم و روشن شود تا غرر و جهالتی روی ندهد و در صورتی که اجاره در مدت زمان خاصی اتفاق می افتد که باید آن مدت معین شود.

با این توضیح مختصر درمی یابیم که در برخی موارد، شباهت هایی بین عقد اجاره و استصناع وجود دارد. در این صورت، اگر عقد استصناع در قالب عقد اجاره منعقد شود به این معنی که سفارش دهنده مواد اولیه را در اختیار پیمانکار قرار دهد و از او بخواهد کالای مورد نظر را با مشخصات ویژه بسازد و بخشی از مبلغ را در ابتدا و مابقی را طبق قرارداد دریافت کند. و یا اینکه سفارش دهنده به او وکالت دهد که از طرف او مواد اولیه را خریداری کند و پس از آن کالای نهایی را تحویل دهد و احیاناً حق الوکالتی را همراه با مبلغ اجرت مورد نظر، طبق قرارداد دریافت کند. در این موارد اجاره بر ساخت کالای با عقد استصناع منطبق می شود؛ زیرا در هر دو مورد عمل بر عامل است، در عقد استصناع عامل همان صانع و سفارش پذیر است، ولی در عقد اجاره عامل، اجیر (پیمانکار) می باشد و صانع و اجیر هر دو یک کار انجام می دهند و آن ساختن کالای مورد نظر است و همچنین اگر استصناع را به واسطه موت سفارش دهنده یا سفارش گیرنده باطل بدانیم، مثل اجاره خواهد بود.

۳۱. ابی عبدالله محمد بن مکی العاملی (الشهید الاول)، اللمعة الدمشقیة، ص ۱۴۰.

بی تردید، اگر استصناع در قالب عقد اجاره منعقد شود، همه شرایط و احکام اجاره بر آن بار می‌شود. زمانی که اجاره بر ساخت کالایی منعقد می‌شود، باید مستأجر ماده‌ای را که روی آن، کار اجیر صورت می‌پذیرد در اختیار اجیر قرار دهد؛ یعنی عمل بر عهده عامل و ماده از مستأجر باشد، اما در قرارداد استصناع ماده و عمل از صانع است. و زمانی که اجاره بر عمل صورت می‌پذیرد نیز این گونه است؛ مثل اینکه از پیمانکار می‌خواهد کل خانه یا بخشی از آن را با مشخصات خاص با موادی که خود دارد یا تدارک می‌بیند برای سفارش دهنده بنا کند. گرچه برخی معتقدند، لازم نیست برای تحقق مفهوم اجاره حتماً مواد از موجر باشد، مثل اینکه از خیاط خواسته شود از پارچه‌ای که خود دارد یا تدارک می‌بیند، پیراهن درخواست شده را برای او بدوزد. آنچه بیشتر رایج است این است که خیاط با نخی که خود در اختیار دارد یا تدارک می‌بیند، پیراهن را می‌دوزد و هیچ کس بر اجاره بودن این قرارداد تردید نمی‌کند غیر از اینکه گفته شود اضافه کردن کالاهای ناچیز از طرف اجیر به کالایی که در نهایت تحویل می‌دهد، نظیر نخ و... ممانع از تحقق اجاره نمی‌شود، بر خلاف اینکه اصل پارچه یا کل مواد اولیه ساختمان یا طرح عظیم بر عهده سفارش گیرنده است که معرف، آن را به عنوان قرارداد اجاره نمی‌شناسد.

سرخسی^{۳۲} در تفاوت بین اجاره برای ساخت و استصناع می‌گوید: «در اجاره برای ساخت کالا، بیع، عمل است و عین، تابع آن است، اما در استصناع، بیع، عین است و عمل، تابع آن است». سپس مثالی می‌زند و بیان می‌کند: «هنگامی که فرد، آهنی را به آهنگر داد تا ظرف آهنی به ازای اجرتی معین بسازد، هنگامی که آن ظرف را با همان مشخصات ساخت، خیر در آن نیست، زیرا اثبات خیار برای فسخ عقد است تا رأس المال به او برگشت کند تا ضرر از او دفع شود و در اینجا

۳۲. تاریخ وفات او سال ۴۹۰ هـ. ق است.

ممکن نیست؛ زیرا با متصل شدن عمل آهنگر به آهن، وجهی برای فسخ عقد وجود ندارد. اما در استصناع، بر عین عقد منعقد می‌شود و در فسخ عقد به دلیل وجود خیار، رؤیت در آن ممکن است؛ زیرا آهنگر در باره اجاره ملتزم به عمل در ذمه به اجاره است و خیار رؤیت در جایی که محل عقد ذمه است مثل موردی که به صورت عقد سلم معامله شد، اثبات نمی‌شود؛ زیرا فایده‌ای برای اثبات خیار وجود ندارد؛ چون کالا، دین در ذمه است و هنگامی که مقبوض رد می‌شود، دین در ذمه باز می‌گردد، همان گونه که پیش از این بوده است.^{۳۳}

شاید دلیل اصلی یکسان بودن استصناع و اجاره، ارائه مثالی در این زمینه است و آن اینکه اگر شما بخواهید لباس خود را رنگ کنید، عقد اجاره بر عمل و عین، نظیر استصناع وارد می‌شود، زیرا رنگرزی عملی است و خود رنگ عین است، ولی پاسخ این است که اصل در این مورد رنگرزی است و آلت آن ماده رنگ است، پس مقصود همان اعمال است و اجاره بر عمل در عین مستأجر وارد می‌شود، ولی در استصناع اصل عین است و عمل بر آن عین صورت می‌پذیرد. هدف از نقل کلام سرخسی، پذیرش تمام کلام او در باره احکام عقد استصناع نیست، بلکه صرفاً بیان تفاوتی است که او بین عقد اجاره و استصناع گذاشته است به گونه‌ای که دو ماهیت جداگانه‌ای را از عقد اجاره و استصناع به معنای اصطلاحی آن به تصویر کشید.

واقعیت نیز این است که آنچه به عنوان عقد استصناع در قالب عقود پیمانکاری منعقد می‌شود با حقیقت اجاره نزد بیشتر فقها سازگاری ندارد و در این موارد اولیه کالای مورد نظر ملک سفارش دهنده نیست. اگر چنین می‌بود لازم بود در صورت تلف بدون تعدی و تفریط از مال سفارش دهنده خارج شود، در حالی که عرفاً از مال پیمانکار و سفارش پذیر خارج می‌شود. ممکن است گفته شود اعتبار

۳۳. السرخسی، شمس الدین، کتاب المبسوط، ج ۱۶-۱۵، مجلد هشتم، ص ۱۳۹.

تحویل این گونه عمل اجاره ای به تحویل دادن کالای ساخته شده است نه به مجرد ساختن آن. بنابراین، در صورت تحویل ندادن کالای مزبور اجاره فسخ می شود. البته این پاسخ قابل تأمل است؛ زیرا اجاره تملیک منافع است نه اعیان، در حالی که کالای ساخته شده یک عین خارجی است و با اجاره نمی توان مالک آن شد. پس تملک آن نیازمند عقد بیع با تمام شروط آن است.^{۳۴}

علاوه بر این اگر عقد استصناع را نظیر اجاره بر منفعت اجیر بر ساخت و تملیک و تسلیم کالای ساخته شده به سفارش دهنده به عنوان شرایط بدانیم، در صورتی که کالای سفارش داده شده، منطبق با شرایط ذکر شده در اجاره نباشد، سفارش دهنده اختیار فسخ عقد را دارد، ولی اجرةالمثل کار پیمانکار را باید به او بپردازد، در حالی که در عقد استصناع چنین نیست و سفارش دهنده در صورت عدم انطباق، هیچ مسئولیتی در قبال کالای تولید شده، ندارد.

مضافاً اینکه اگر استصناع اجاره باشد، لازم است هزینه خرید مواد اولیه و حمل آن به محل کار و اجرت ساخت و ... به تفکیک مشخص شود و در نهایت، مبلغی که سفارش دهنده باید بپردازد، تعیین شود، ولی وقتی که قرارداد استصناع منعقد می شود، هیچ گونه تفکیکی بین هزینه های ذکر شده صورت نمی پذیرد و عرف، آن را یک عقد یکپارچه با ویژگی های خاص خود در نظر می گیرد و اگر گفته شود، برای مثال شما این طرح را به پیمانکاران اجاره داده ای تا برای شما ساخته شود، کاملاً استیحا ش می کند.

در تطبیق قرارداد استصناع بر اجاره ممکن است بگوییم، اشکال ثبوتی وجود ندارد؛ زیرا اجاره بر مجموع ساخت، تملیک و تسلیم واقع شده و اگر یکی از این امور را انجام ندهد، وفاء به اجاره نشده، از این رو، اجرتی به صانع تعلق نمی گیرد، چون هر یک از این موارد جزء اجاره است و مجموع به صورت وحدت

۳۴. هاشمی شاهرودی، سید محمود، پیشین.

مطلوب مورد نظر است. در این صورت عقد مرکب از بیع و اجاره نیست؛ زیرا از یک طرف اجاره و از طرف دیگر بیع نیست، بلکه تملیک جزء متعلق اجاره است. گرچه شاید عملیات تملیک، مالیت مستقل نداشته باشد و در برابر آن اجرت قرار نگیرد، ولی اجاره صحیح و عقلایی است؛ چون تملیک جزئی از متعلق اجاره است و اگر اجاره بر مجموعه به نحو وحدت مطلوب واقع شود و بخشی از آن مالیت نداشته باشد، چون متعلق اجاره (مجموع من حیث المجموع) مالیت دارد اشکالی بر آن مترتب نمی‌شود. بنابراین از نظر ثبوتی سفارش ساخت می‌تواند منطبق بر اجاره باشد، اما اشکال عمدی این تطبیق این است که در عرف متعلق قرارداد سفارش ساخت، مجموع ساخت، تملیک و تسلیم نیست، بلکه ثمن در مقابل شیء ساخته شده واقع می‌شود.^{۳۵}

به اجمال می‌توان گفت اجاره یا بر عمل است و یا بر انتفاع که نتیجه اش ملکیت عمل اجیر برای مستأجر یا ملک منافع عین برای اوست، ولی در عقد استصناع، متعلق قرارداد عین خاص است؛ از این رو، نمی‌توان بی‌دغدغه، قرارداد استصناع را بر اجاره اشخاص تطبیق داد.

۳. عقد استصناع و عقد جعاله

ابتدا عقد جعاله را تعریف می‌کنیم. امام خمینی (ره) در «تحریر الوسیله» بیان می‌دارد:

الجعالة هي الالتزام بعوض معلوم على عمل محلل مقصود أو هي انشاء الالتزام به أو جعل عوض معلوم على عمل كذلك و الأمر سهل؛^{۳۶}
 جعاله، التزام به عوض معلومی در قبال انجام عمل حلالی است که مقصود

۳۵. شهیدی، محمدتقی، قرارداد استصناع (تقریرات درس خارج فقه)، ص ۶۱-۵۶.

۳۶. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۵۸.

عُقلاست یا اینکه انشای التزام به عوض معلوم است یا قراردادن عوض

معلومی بر عمل مشخص است و امر آسان است.

در اینکه جعاله عقد یا ایقاع است، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ ولی فقهای مثل صاحب «جواهر» قول اصح را ایقاع بودن آن می دانند.^{۳۷} گاهی جعاله خاص که عامل آن معین و تا حدودی قابل تطبیق بر استصناع است؛ بدین شکل که شخص حقیقی یا حقوقی به پیمانکار معینی، اعم از فرد یا مؤسسه، پیشنهاد می دهد که هرگاه فلان طرح مشخص را با ویژگی های معینی اجرا کند، مبلغ مشخصی را در زمان بندی خاص به او خواهد داد. در این صورت، فرد حقیقی یا حقوقی، پس از انجام کار، مبلغ اعلام شده را از جاعل مطالبه می کند. اگر جعاله را عقد قلمداد کنیم، استصناع به ویژه در موارد ساخت طرح ها و پروژه های گوناگون اقتصادی که اجرای طرح با خصوصیات ویژه ای که از قبل اعلام می شود، هدف است، می تواند مصداق روشنی از جعاله باشد، ولی طبق نظر مشهور، جعاله ایقاع است، نه عقد.

البته اموری که در عقود مصطلح لازم است، تحقق یابد، نظیر مشخص بودن جزئیات کاری که می خواهد انجام شود، در جعاله لازم نیست؛^{۳۸} از این رو، برای مثال می توان قرارداد کارخانه تولید سیمان ۲۰۰۰ تنی را منعقد کرد؛ ولی اینکه در چه حجم عملیاتی مشخص یا با چه مواد و یا به طور دقیق در چه زمانی تحویل داده می شود، لازم نیست در متن قرارداد ذکر شود یا بیان این امور می تواند مقداری با ابهام همراه باشد، ولی در عقد استصناع لازم است همه این امور روشن شود.

شایان ذکر است که فقها، معتقد به جایز بودن جعاله هستند؛ یعنی هم جاعل و هم عامل می توانند بدون دلیل و به صورت دلخواه جعاله را فسخ کنند. امام خمینی

۳۷. النجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۸۹.

۳۸. همان، ص ۱۹۱.

در مسئله ۱۵ بیان می دارد:

الجعالة قبل تمامية العمل جائزة من الطرفين ولو بعد تلبس العامل بالعمل
وشروعه فيه، فله رفع اليد عن العمل؛^{۳۹}
جعاله قبل از تمام شدن عمل از دو طرف جایز است، ولو اینکه عامل مشغول
به انجام آن شده باشد، می تواند از عمل رفع ید کند.

در عین حال در مسئله ۱۶ بیان می دارد که:

اگر جاعل به واسطه ترك عمل عامل متحمل ضرر و زیانی شود، واجب
است بعد از آغاز، آن را به اتمام برساند؛ برای مثال در صورتی که جعاله بر
عمل جراحی منعقد شد، بعد از آغاز عمل، عامل نمی تواند از اتمام آن رفع
ید کند.^{۴۰}

در استصناع نیز بویژه بعد از انجام عمل و یا حتی در حین عمل هم رها کردن
استصناع ممکن است موجب ضرر و زیان شود؛ از این رو، حتی اگر استصناع را
عقد جایزی بدانیم، سفارش گیرنده نمی تواند به راحتی عمل را ترك کند.
گرچه شباهت هایی بین عقد جعاله و استصناع وجود دارد که می تواند این دو
عقد را به هم نزدیک کند، اما برخی تفاوت های زیر ماهیت آنها را از هم متمایز
ساخته و کارکرد ویژه ای را به تصویر می کشاند:

الف) وجود حالت «اگری» در جعاله به خلاف عقد استصناع
تمایز بین این دو در این جهت سبب شده است که عرف و عقلا بازار استصناع
را در قالب جعاله قرار ندهند؛ به این معنا که اگر کسی چنین کاری را برای من با این
ویژگی ها انجام داد، من چنین مبلغی را به او می دهم؛ یعنی جعاله حالت شرطی و

۳۹. امام خمینی، تحریر الوسیلة، ج ۱، ص ۵۸۹.

۴۰. همان، ص ۵۹۰.

انتظاری دارد، اما قراردادهای متعارف در قالب عقد استصناع، قراردادهای مستقلی اند که به صورت یکپارچه با همه ضوابط و شرایط مشخص منعقد می شوند و اصلاً حالت انتظاری وجود ندارد و حتی برای اتقان آن نیز جرایمی برای تأخیر در تحویل کالا ممکن است وضع و توافق شود. و شاید وجود همین حالت اگری در جعاله است که مشهور فقها به ایقاع و نه عقد بودن جعاله معتقد شده اند.

ب) جواز فسخ جعاله برخلاف استصناع

همان گونه که اشاره شد جاعل و عامل حتی بعد از شروع کار می توانند بدون علت و به صورت دلخواه جعاله را فسخ کنند. بی تردید، جواز فسخ برای طرفین در دسرساز است، به همین دلیل است که در صورت استفاده بانک از جعاله، در ضمن قرارداد لازم دیگری، شرط لزوم جعاله می شود و اگر آن قرارداد لازم به هر علتی به هم بخورد، لزوم جعاله نیز خود به خود به جواز تبدیل می شود.

ج) تملیک بعد از اتمام کار در جعاله برخلاف استصناع

در جعاله پس از اتمام کار، تملیک صورت می پذیرد و پیش از آن، یعنی در ابتدا و در حین انجام کار، هیچ گونه تملیک و تملکی صورت نمی پذیرد و این خود سبب می شود که اگر به هر علت اختلال و مشکلی در کار پیش آید، طرفین هیچ گونه مسئولیتی در برابر به اتمام رساندن کار و تحویل به موقع آن نداشته و به طور طبیعی برنامه ریزی برای طرفین و پیش بینی برای آینده به شدت دچار مشکل خواهد شد. با توجه به موارد سه گانه پیش گفته می توان گفت: عقد مناسب برای احداث طرح ها و تکمیل پروژه ها و مجتمع های مسکونی و تجاری عقد استصناع است و نه جعاله.

موارد ذکر شده تفاوت های کلیدی بین این دو عقد قلمداد می شود، اما

تفاوت هایی که در زیر به آنها می پردازیم بعضاً قابل تأمل هستند :

۱. مشخصه اصلی جعاله این است که متعلق قرارداد، اصل عمل است، در حالی که در عقد استصناع متعلق قرارداد، عین خاص است. با این نگاه، تفاوتی نمی کند که جعاله را عقد بدانیم یا ایقاع.

۲. استصناع، اختصاص به ساختن و احداث و ایجاد چیزی دارد، ولی جعاله عام است و اختصاص به ساختن و غیر ساختن ندارد، به گونه ای که می تواند هرگونه کار خدماتی را نیز شامل شود، ولی اگر قائل شدیم که عمل ساختن در کارهای خدماتی صورت می پذیرد در قالب استصناع، قابل انعقاد است و در برخی از مصادیق، تفاوتی بین این دو عقد وجود نخواهند داشت.

۳. همچنین در استصناع میزان و کیفیت عمل باید معلوم شود، ولی در جعاله گاهی معلوم و گاهی مجهول است، گرچه معین بودن میزان و کیفیت عمل در استصناع ضروری به تحقق جعاله نخواهد زد.

۴. عقد استصناع و عقد صلح

هرچند بعضی از فقها نظیر شیخ طوسی در «مبسوط» فرعی بودن عقد صلح را مطرح کردند،^{۴۱} اما مشهور فقها صلح را عقدی مستقل می دانند که تابع شرایط هیچ عقدی نیست، هرچند به یکی از عقود معین مشابهت داشته باشد. برای نفوذ صلح کافی است که متضمن تحلیل حرام یا تحریم حلال نباشد که در این صورت از قصد طرفین پیروی می کند.

اما این عقد اصالت پیدا کرده و به عنوان وسیله گسترش انواع قراردادها و حاکمیت اراده، به کار گرفته شده است. کسانی که عقد صلح را فرعی می دانند، می گویند: «این عقد تابع پنج عمل حقوقی بیع، هبه، اجاره، عاریه و ابراء است و

۴۱. الطوسی، محمد بن الحسن، کتاب المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، ص ۲۸۸.

معتقدند اگر صلح افاده نقل عین بر عوض معلوم کند، فرع، بیع و تابع احکام آن است و اگر نتیجه صلح، تملیک منفعت به عوض معلوم باشد، فرع، اجاره است. در صورتی که صلح متضمن اباحه منفعت بدون عوض باشد، فرع عاریه است و اگر مفید تملیک بدون عوض باشد، هبه بوده و چنانچه مفید اسقاط دین باشد، فرع بر ابراء است».^{۴۲}

نکته دیگری که در توسعه مفهوم صلح، اثر زیادی داشته این است که فقهای امامیه برخلاف تعدادی از اهل سنت برای تحقق صلح، وجود اختلاف را لازم نمی دانند. بنابراین هر چند هدف اصلی از تشریح صلح از بین بردن خصومت و اختلاف است، اما مانعی ندارد که وسیله انجام معامله قرار گیرد؛ زیرا در پاره ای از نصوص، مشروع بودن آن بدون اینکه قیدی برای رفع تنازع دیده شود، بیان شده است. علاوه بر این در دیگر منابع نیز دلیلی بر اینکه صلح فقط برای رفع تنازع باشد، وجود ندارد و برخی از فقها حقیقت صلح را تسالم دانسته اند.

بدین ترتیب، محدودیتی جز آنچه ذکر شد برای موضوع صلح وجود ندارد، بلکه قالبی وسیع تر از عقود معین است، حتی اگر لزوم وفای به هر عقد را نتوان از عموماً و اطلاقات استفاده کرد، عقد صلح با مفهوم وسیع خود قابل انطباق بر هر عقدی است.^{۴۳}

از این رو، بسیاری از عقود را می توان در چارچوب عقد صلح انشاء کرد که در این صورت نوعاً محدودیت های عقد خاص برداشته می شود. امام خمینی نیز در تحریر الوسیله^{۴۴} بیان می دارد: در قرارداد صلح لفظ و صیغه خاصی معتبر نیست و هر لفظی که تسالم و سازش طرفین بر موضوعی را برساند کافی است. اگر معتقد

۴۲. الحر العاملی، الشیخ محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، ج ۲، ص ۴۲۸.

۴۳. صادقی، محمد، پیشین، ص ۱۴۲-۱۴۱.

۴۴. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۶۱.

شدیم که عدم اعطای کل ثمن در مجلس عقد استصناع به علت تحقق بیع دین به دین یا کالی به کالی سبب عدم تصحیح آن می شود، می توان از صلح دین به دین و کالی به کالی استفاده کرد، بدین صورت که طرفین معامله مصالحه می کنند که در تاریخ مشخص کالا یا پروژه مشخص با ویژگی های از قبل تعیین شده تحویل داده شود و مبلغ آن نیز بخشی به تناسب پیشرفت کار و یا مستقل از آن به صورت یکجا و یا اقساطی به طرف مقابل پرداخت شود. پس معامله صلح اکنون صورت می پذیرد، ولی تحویل حداقل بخشی از ثمن و تمام ثمن در آینده خواهد بود.

با توجه به خصوصیات عقد صلح و وسعت آن که عقدی لازم است، طرفین نیز می توانند بر ویژگی های خاص کالای مورد نظر، زمان تحویل و زمان بندی پرداخت و حتی مکان تحویل کالا و پرداخت مبلغ آن توافق کنند. قرارداد استصناع در قالب عقد صلح به خوبی قابل تحقق است، ولی توجه به نکته ای که پیش از این بدان اشاره شد، لازم است ذکر شود بین اینکه می توان عقد استصناع را در چارچوب عقد صلح انشاء کرد و اینکه ماهیت عقد استصناع همان عقد صلح است تفاوت اساسی وجود دارد. عرف عقلا و طرفین عقد استصناع در ساختن کالا و اجرای طرح در مقابل دریافت مبالغ در زمان بندی مشخص مصالحه ای صورت نمی دهند، بلکه قراردادی است که به واسطه آن طرفین به صورت متقابل به تعهدات و اموری ملتزم می شوند و در نزد عرف عقلا به این عقد هرگز عقد صلح گفته نمی شود.

بررسی امکان استقلال عقد استصناع

قبل از بررسی استقلال، لازم است به این نکته توجه کنیم که اصل در معاملات صحت است یا فساد اگر اصل فساد است، همراه با تصویر استقلال عقد استصناع، فساد و عدم ترتب آثار مترتب بر آن قرارداد نیز آشکار می شود، اما اگر اصل صحت

است، با تصویر عقد مستقل با عنوان استصناع در صورت عدم مخالفت با اطلاقات و عموماً، حکم صحت نیز بر آن بار می‌شود. گرچه فقهای امامیه، اصل اولی در باب معاملات را فساد می‌دانند، یعنی هنگامی که در صحت یا فساد معامله‌ای تردید داشته باشیم، اصل عدم ترتب آثار، مطلوب و مورد نظر آن معامله است.^{۴۵} البته اصل فساد با قطع نظر از اطلاقات و عموماً، آیات و روایاتی است که در باب معاملات وارد شده است. تردید در حکم صحت یا فساد می‌تواند ناشی از جهل و شناخت نداشتن ما نسبت به وجود و عدم وجود این قراردادها در زمان شارع است و یا اینکه احتمال بدهیم عناصر و موانعی در معامله و قرارداد وجود دارد که سبب فساد آن می‌شود. در همه این صور اصل اولی بدون ملاحظه اطلاقات و عموماً فساد این گونه معاملات است.

مبنای فقهی احداث این اصل این است که ترتب اثر شرعی امری توقیفی است و باید دلیل خاصی از جانب شارع وارد شود و تا هنگامی که چنین دلیلی وارد نشده است و یا شک و تردید در وجود آن داریم، اصل عدم ترتب اثر، یعنی فساد معامله است.^{۴۶} به عبارت دیگر هیچ عقده‌ای از نظر شرعی معتبر نیست، مگر اینکه شارع آن را معتبر بداند.

گرچه اصل اولی در معاملات در صورت شک در صحت آنها، فساد است، اما بیشتر فقهای امامیه معتقدند اصل لفظی که از اطلاقات و عموماً در ادله معتبر به دست می‌آوریم، صحت معاملات است. بنابراین در صورتی که اطلاق عقد بر معاملات صحیح باشد و مشتمل بر فعل حرامی نظیر ربا، مال به باطل و... نباشد، ولی به هر دلیلی شک در صحت آن داشته باشیم احکام صحت بر آن بار می‌شود و

۴۵. النجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۳۴۰؛ الانصاری، الشیخ مرتضی، فراید

الاصول، ج ۲، ص ۷۱۷؛ الحسینی المراغی، السید میر عبدالفتاح، العناوین، ج ۲، ص ۶.

۴۶. الحسینی المراغی، السید میر عبدالفتاح، العناوین، ج ۲، ص ۶.

تخطی از مفاد آن برای طرفین جایز نیست. تفاوتی در تطبیق این حکم بین معاملاتی که در زمان شارع متداول بوده است و معاملاتی که اندکی پس از زمان شارع مرسوم شد و یا معاملاتی که هر روز در بازار کالا و خدمات و بورس اوراق بهادار خلق می شود، وجود ندارد. البته این تنها در صورتی است که این گونه معاملات، مصداق یکی از عناوین عام و خاص ممنوع در شریعت تلقی نشود.

آیه وفا به عقود «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»،^{۴۷} آیه وفا به عهد «واوفوا بالعهد ان العهد کان مسؤولاً»،^{۴۸} آیه تجارت «یا ایها الذین آمنوا لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراضٍ منکم ...»،^{۴۹} روایت «المسلمون اوال مؤمنون عند شروطهم»، روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» و سیره متشرعه در باب معاملات از جمله ادله صحت و نفوذ معاملات تلقی می شوند.

پس از این مقدمه کوتاه بیان می داریم، مقصود از استقلال عقد استصناع این است که آیا قرارداد استصناع را می توان به صورت بیعی مستقل یا عقدی مستقل تصویر کرد، برای پاسخ به این پرسش بحث را در دو قسمت زیر مطرح می کنیم:

قرارداد استصناع به عنوان بیع مستقل

بیع که به «مبادله مال به مال» تعریف شد^{۵۰} در مشروعیت آن به واسطه کتاب و سنت و اجماع هیچ گونه خدشه ای راه ندارد. در بیع لازم است ایجاب و قبول، اعم از لفظی یا معاطاتی که بر رضایت طرفین از معامله دلالت می کند، وجود داشته باشد. علاوه بر این طرفین اهلیت معامله داشته باشند. نتیجه این معامله، ثبوت

۴۷. مائده، آیه ۱.

۴۸. اسراء، آیه ۳۴.

۴۹. نساء، آیه ۲۹.

۵۰. الانصاری، الشیخ مرتضی، کتاب المکاسب، ص ۷۹، چاپ سنگی.

ملکیت بیع برای مشتری و ثمن برای بائع خواهد بود. با توجه به اطلاق آیه شریفه «أحلّ الله البيع»، ثمن می تواند نقد یا مؤجل شود، در عین حال اگر مؤجل است، لازم است اجل معلوم شود تا جهالتی پیش نیاید. علاوه بر این اگر مال عین شخصیه جزئیه است باید مملوك بائع شود یا بائع، ماذون در فروش آن شود و مبیع باید قابلیت تسلیم به مشتری را داشته باشد؛ زیرا در غیراین صورت، بیع معدوم خواهد بود و ثمن نیز باید معلوم شود. در صورت تحقق برخی شرایط، اختیار برهم زدن معامله برای طرفین به وجود می آید.

الف) دیدگاه عالمان حنفی مذهب

همان گونه که پیش از این اشاره شد از میان مذاهب اربعه تنها علمای مذهب حنفی بر این اعتقادند که قرارداد استصناع در قالب عقد بیع می گنجد و عقدی مستقل از عقد سلم است. بنابراین، دیدگاه آنان مطرح و نقد می شود و مذاهب سه گانه دیگر در صورتی آن را صحیح می دانند که شرایط عقد سلم که مهم ترین آن اقباض کل ثمن در مجلس عقد است، تحقق یابد، شرطی که در عقد استصناع اصطلاحی، محقق نیست. در ماده ۳۸۸ «مجلة الاحكام العدلیه» که بر مبنای فقه حنفی تنظیم شده، آمده است: «اگر فردی به صنعت گری بگوید: کالای فلانی را برای من به مبلغ معینی بساز و صنعت گر قبول کرد، بیع استصناع منعقد می شود. همچنین است اگر فردی به نجاری بگوید قایق یا کشتی ای بساز و طول و عرض و اوصافش را مشخص کن و نجار بپذیرد، استصناع منعقد می شود، چه مبلغ آن را نقداً بپردازد یا بخشی را نقداً و بخشی را بعد و یا همه را بعد بپردازد، در صورتی که ماده ای که با آن، کالای مورد نظر را می سازد، از آن سازنده باشد، ولی اگر مواد اولیه از سفارش دهنده باشد، عقد اجاره محقق می شود، نه استصناع».^{۵۱}

۵۱. السالوس، علی احمد، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الاسلامي، ص

سرخرسی از عالمان متقدم اهل سنت می گوید: ۵۲

بیع چهار قسم است: بیع عین به قیمت و بیع دین در ذمه به قیمت و این سلم است و بیع عملی که عین تابع عمل است و آن اجاره برای صناعت و نحو آن است پس آنچه عقد بر آن بسته می شود، وصفی است که در محل به واسطه عمل عامل ایجاد می شود و عین تابع وصف است و بیع عین است که عمل در آن شرط شده است و آن استصناع است پس آنچه طلب ساخت شد فروش عین است. همانا سفارش دهنده از صانع هم عمل و هم عین را درخواست کرده، پس چاره ای از اعتبار هر دو نیست.

البته در کلام سرخرسی مقصود از بیع عین به ثمن، بیع نقد و نسیه هر دو است و اجیر کردن کسی برای انجام عملی در قالب بیع قرار داده شد. در هر صورت، این عبارت نص در آن است که گرچه لفظ بیع با عموم لفظی اش به صورت مقسمی شامل استصناع می شود، ولی مثل بیع نقدی و نسیه، سلم و اجاره عقدی و قسمی آنها است و محل آن عمل و عین هر دو است. بدین صورت از بیع که محلش «عین» و از اجاره که محلش «عمل» و از سلم که محلش «ذمه یا عین و صف شده در ذمه» است، ممتاز و جداست.

همان گونه که نویسنده کتاب «المحیط البرهانی فی الفقه النعمانی»^{۵۳} که او اسط

۵۲. اعلم ان البيوع اربعة: بيع عين بثمن وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم وبيع العمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوها... فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل والعين هو الصبغ يبيع فيه وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع فالمستصنع فيه مبيع عين. ان المستصنع طلب فيه العمل والعين جميعاً فلا بد من اعتبارها جميعاً: المحيط البرهانی، مخطوط مكتبة الاوقاف، ج ۲، ورقه ۵۷۵. به نقل از علی محیی الدین علی القره داغی، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ص ۱۳۶.

۵۳. مؤلف آن محمد بن احمد بن عبدالعزيز بن عمر بن مازة البخاری (۱۶-۵۵۱ ق)، ج ۹، ص ۳۶۲.

قرن ششم و اوایل قرن هفتم می‌زیست در تمایز استصناع و اجاره بیان می‌دارد:
 والاستصناع ان تكون العين والعمل من الصانع واما اذا كان العين من
 المستصنع لامن الصانع يكون اجارة ولا يكون استصناعاً^{۵۴}؛
 استصناع این است که عین و عمل از سازنده باشد و اما هنگامی که عین از
 سفارش دهنده باشد نه از سازنده، اجاره می‌باشد و استصناع نیست.

همان گونه که از عبارات ذکر شده ظاهر می‌شود، علمای حنفیه استصناع را نه
 در قالب بیع شخصی (نظیر قرارداد استصناع در باره چگونگی اتمام کالای نیمه
 ساخته) و نه در قالب بیع کلی، نظیر بیع سلم و نه در قالب اجاره تصحیح می‌کنند،
 بلکه در قالب بیع مستقلی که قسیم اینهاست به تصحیح آن پرداختند و بیان داشتند از
 آنجا که در قرارداد استصناع هم عمل و هم عین در ذمه سفارش گیرنده قرار
 می‌گیرد، بیع مستقلی شکل می‌گیرد.

ولی پرسش اساسی این است که آیا استقرار عمل و عین بر ذمه سفارش گیرنده
 سبب احداث بیع جدیدی جدا از دیگر عقود می‌شود؟ به نظر می‌رسد در موارد
 قرارداد استصناع دو چیز بر ذمه فرد نمی‌آید، بلکه فقط عین بر ذمه سفارش گیرنده
 می‌آید و در صورتی که شرط مباشرت نیز نشود، سفارش گیرنده می‌تواند ساخت
 کالای مورد نظر را به غیر واگذار کند و یا حتی کالایی با همان خصوصیات از
 دیگری خریداری و به سفارش دهنده تحویل دهد. البته در صورت شرط مباشرت
 نیز عین بر ذمه می‌آید، ولی این عین، وصفی دارد و آن وصف این است که سازنده
 آن کالای مورد نظر و عین شخص، فرد سفارش گیرنده است و نه غیر او.

بنابراین، اگر دیگری آن کالای مورد نظر را حتی با همان خصوصیات ساخت
 آن عین کالای مورد معامله نشود، سفارش گیرنده از تحویل آن می‌تواند سر باز زند

۵۴. السرخسی، کتاب المبسوط، ج ۱۵-۱۶، ص ۸۴-۸۵.

نظیر اینکه اگر در معامله سلف گندم از نوع خاصی که در منطقه معینی کشت می شود، معامله شود، آنچه بر ذمه فروشنده می آید فقط عین گندم است، لکن با این وصف که از نوع خاص و منطقه آن معین شود نظیر معامله بر خانه ای با اوصاف خاص و یا خرید یک تن گیلاس تک دانه و در همه این موارد تنها عین بر ذمه فرد می آید نه عین و چیز دیگر. در قرارداد استصناع نیز همراه با اوصافی که باید به آن توجه شود، مورد معامله، ساختن و تحویل دادن کالا است.

البته در صورتی که در مواردی از عقد استصناع برای تکمیل پروژه موجودی که بخشی از عملیات ساخت آن انجام شده است، استفاده شود، مثل اینکه بخشی از اسکله کشتی با سرمایه پیمانکار ساخته شده و شخصیت حقیقی یا حقوقی از پیمانکار بخواهد که با شرایط ویژه ای که مدنظر اوست با پرداخت مبالغ در زمان بندی مشخص، اسکله به پایان برسد. در این صورت، این معامله در واقع بیع شخصی و صحیح است و همه احکام بیع بر آن بار می شود.

همچنین است در مواردی که صنعتگر کالاهایی را خود می سازد و سپس برای فروش عرضه می کند و اگر سفارش ساخت چند تا از آنها را به او بدهند، همان گونه که هر روز آن کالاها را می سازد، کالاهای مورد سفارش را نیز می سازد، در این صورت بیع شخصی در قالب کلی در زمان معین تحقق می یابد؛ گرچه عمل ساختن در آن وجود دارد، ولی عقد استصناع به معنای اصطلاحی آن محقق نمی شود، نظیر اینکه شخصی از کسی که مداومت در عمل و حرفه ای دارد، سفارش کاری را بدهد که هر روزه مشغول بدان است، مثل سفارش نان به نانوايي به ازای مبلغ نقد و یا نسیه. در این صورت، تعجیل رأس المال و مدت داز بودن کالا نیز شرط نیست؛ زیرا عرفاً این معامله تفاوتی با بیع ندارد و احکام و شرایط بیع بر آن بار می شود. پس دو مورد ذکر شده از موارد قرارداد استصناع خارج و داخل در بیع شخصی می شود.

نکته قابل توجه اینکه استصناع، طلب عین از سازنده برای ساخت کالای خاص با ویژگی‌های خاص آن است. در واقع، محل عقد بیع، عین خریداری شده است، ولی محل عقد استصناع عینی است که با وصف خاص ساخته می‌شود، حال توسط خود سفارش گیرنده یا فرد دیگری مطابق قرارداد. بنابراین، در عقد استصناع، مورد عقد کالای خاص با شرط ساخت نیست، بلکه کالا با وصف ساخت به روش مجموعی است. اما در صورتی که کالا موجود است استصناع محقق نمی‌شود و بیع عین حاضر که معلوم و موصوف و مورد مشاهده است، صورت می‌پذیرد. ولی این تفاوت سبب نمی‌شود که در استصناع مبادله مال به مال صدق نکند؛ زیرا در هر صورت مورد عقد استصناع بی تردید مال است و قابل معاوضه با مال می‌باشد.

ب) دیدگاه فقهای امامیه

برخی از فقهای امامیه بیان داشتند: «این نوع قرارداد سفارش ساخت که در میان مردم بسیار رایج است، بیع محسوب می‌شود و تردیدی در آن وجود ندارد؛ زیرا از دیدگاه مردمی که مخاطب احکام شرعی هستند، واژه بیع بدین معناست که یک طرف، کالایی را در برابر قیمت آن به ملکیت طرف دیگر درآورد و او هم این ملکیت را بپذیرد و همین معنا در این نوع از قرارداد سفارش ساخت وجود دارد. هیچ تفاوتی میان بیعی که ما از آن به سفارش ساخت تعبیر کرده‌ایم و سایر اقسام بیع وجود ندارد جز اینکه در اینجا هنوز کالای مورد معامله ساخته نشده و خریدار شرط کرده است که فروشنده آن را بسازد و تحویل دهد و انضمام این شرط باعث خارج شدن قرارداد از حقیقت آن یعنی بیع نمی‌شود؛ زیرا حقیقت بیع گسترده است و نمی‌توان خالی بودن از این شرط را در آن، شرط دانست».^{۵۵}

۵۵. مؤمن قمی، محمد، پیشین، ص ۲۰۸؛ موسوی بجنوردی، سید محمد، پیشین، ص ۵۹ و ۶۰.

البته در صورتی که مورد عقد کلی است و هیچ گونه پرداختی نیز در ابتدا صورت نپذیرد، تطبیق عقد سلم بر آن قطعی و قهری و نه اختیاری است و چون پرداخت ثمن در مجلس عقد اجماعی است، فقط در صورتی که بخشی از ثمن پرداخت شود می توان بیان داشت که این قرارداد عقدی مستقل است.

یکی از معاصرین نیز قرارداد استصناع را قرارداد بیع می دانند که تلخیص آن

چنین است:

قرارداد استصناع، عقدی است بر کالای در ذمه، مطابق خصوصیات و شرایط معینی در متن قرارداد، مقابل بهای معینی که در آینده ساخته می شود، صورت می گیرد. بنابراین، استصناع یک قرارداد فروش است، بدین صورت که خریدار با مراجعه به شخصیت حقیقی یا حقوقی سازنده کالای مورد نظر و ارائه شرایط و صفات کالای مورد درخواست و بهایی که حاضر است بابت آن پردازد، رضایت سازنده را جلب می کند و قرارداد بین آنان منعقد می شود. ایشان ضمن نقل و نقد دیدگاه شیخ طوسی می گوید: «با توجه به اطلاقات و عمومات «اوفوا بالعقود» و «... تجارة عن تراض منكم ...» و «احل الله البيع» قرارداد استصناع عقد، تجارت عن تراض و بیع می باشد». ^{۵۶} پس قانونگذار هر بیعی را تنفیذ و بیع ربوی را خارج می کند. از آنجا که اسلام روش جدیدی در عقود نیاورده، بلکه به مفاهیم عرفی و عقلایی خودش واگذاشته است، آنچه را طبق نظر عرف و عقلا بیع محسوب می شود تنفیذ کرده است؛ به عنوان مثال با شرکتی قرارداد می بندید که ماشینی با خصوصیات و کیفیت معینی به قیمتی معین و در مدتی معلوم برای شما بسازد آن شرکت هم در ذمه اش قرار می گیرد که این کار را انجام دهد یا یک شخصیت حقوقی مثل دولت ایران یا یک شرکت هواپیمایی قرارداد

۵۶. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، پیشین، ص ۶۱-۶۰.

می‌بندد که صد میلیون دلار بدهد و تعداد ده هواپیما را با خصوصیتی معین در تاریخ معینی تحویل بگیرد. امروزه به این کار معین طلب صنعت، بیع استصناع می‌گویند که در موارد زیادی مشابه با بیع سلم است. این قرارداد عقد محسوب می‌شود و شرایط عقد را داراست. بر این اساس آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»، «ال» در العقود «ال جنس» است؛ یعنی یجب الوفاء بكل عقد، این قرارداد صحیح و مشروع است. ۵۷

البته در صورتی تنفیذ شارع موضوعیت پیدا می‌کند که نهی بیع کالی به کالی را شامل استصناع ندانیم، در غیر این صورت تنفیذ معنایی ندارد. با صرف نظر از این نکته، کلام ایشان تام به نظر می‌رسد.

در هر صورت اگر عرفاً عنوان بیع و شراء بر عقد استصناع منطبق شود، گرچه شرایط بیع نسبه و بیع سلف را ندارد، ولی مشمول ادله صحت و نفوذ بیع خواهند بود؛ زیرا شرایط مذکور شرایط حکم است، نه قید مقوم موضوع تحقق بیع و شراء. ولی اگر عنوان بیع و شراء را بر قرارداد استصناع صادق ندانستیم و یا شرایط و خصوصیات بیع را منتفی بدانیم، آنگاه لازم است به این پرسش پاسخ دهیم که آیا عقد استصناع عقد مستقلی است یا خیر؟

قرارداد استصناع به عنوان عقدی مستقل

اندراج این قرارداد در یکی از عقود متعارف به آسانی ممکن نیست؛ برای نمونه در عقد استصناع از آن رو که سفارش‌پذیر (صانع) مواد اولیه را تهیه می‌کند و در ملک خودش عمل ساخت و ساز را انجام می‌دهد در واقع، ارزش افزوده تابع مالکیت مواد است و کالای ساخته شده در ملکیت او قرار دارد و مالک کالاست و آن را به سفارش‌هنده منتقل می‌سازد که در این صورت قرارداد شباهت به بیع دارد. اما از سوی دیگر، ۵۷. موسوی بجنوردی، سید محمد، در پاسخ به سؤالات مؤلف، در تاریخ ۱۳۸۶/۴/۱۷ ه. ش.

در بیشتر موارد تهیه مواد اولیه برای ساخت، کار چشمگیری نیست و تمرکز عمده روی ساخت است و مهم برای سفارش دهنده، ساخت و کیفیت آن است این عقد شباهت به اجاره پیدا می‌کند؛ برای مثال در صورتی که احداث راه و یا سدی در چارچوب قرارداد استصناع قرار می‌گیرد، تمرکز اصلی روی ساخت است و الا تدارک مواد اولیه کار چندان مشکلی نیست. با توجه به مباحث و مشکلات پیش گفته به دو صورت زیر می‌توان قرارداد استصناع را به عنوان عقدی مستقل تقریر کرد:

الف) با استصناع مفهوم خاصی متمایز از مفهوم بیع و اجاره انشاء می‌شود. به موجب این عقد، سازنده، مسئول ساخت کالا و تحویل آن به سفارش دهنده است و سفارش دهنده نیز در قبال آن مسئول بهای مورد توافق به سازنده است. این تقریر مورد اشکال است، چرا که استصناع جز درخواست ساخت معنایی ندارد و این یک مفهوم تکوینی است نه مفهوم انشایی اعتباری، مانند بیع و اجاره و دیگر عناوین معاملات. پس معنی ندارد که استصناع با همان معنای لغوی خود، منشأ معاملی در این عقد مستقل شود، بلکه به ناچار باید این معنای اصطلاحی به انشای مفهوم دیگری که اعتباری است برگردد. ۵۸

ب) قرارداد استصناع، یک التزام طرفینی به موضوعی است که مورد توافق است و براساس آن سازنده را به ساخت کالای مورد نظر با همه خصوصیات مذکور در عقد ملزم می‌کند و در مقابل سفارش دهنده به پرداخت مبالغ توافقی در متن قرارداد نیز موظف می‌شود. در سایه این عقد سفارش دهنده مالک، حق ساخت کالای مورد نظر بر عهده سفارش گیرنده می‌شود که در مقابل، سفارش گیرنده نیز مالک مبالغ مورد توافق در زمان بندی خاص است. با این تقریر رابطه ای وضعی و اعتباری به واسطه این عقد ایجاد می‌شود، چون معنی و مفهوم عقد و تعهد طرفینی در عقد استصناع به طور کامل وجود دارد. می‌توان این عقد را اطلاقات و عموماً

۵۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود، پیشین، ص ۶.

«... اوفوا بالعقود» و «... تجارة عن تراض منكم...» به شمار آورد، زیرا قرارداد استصناع بی تردید عقد است و از آنجا که تجارت به معنای مطلق معامله و مبادله است، قرارداد استصناع نیز تجارت خواهد بود.

بنابراین، لازم نیست حتماً عقد استصناع در یکی از عقود متعارف قرار گیرد؛ زیرا امکان فرض اندراج این عقد در یکی از عقود متعارف غیر از واقع عقد استصناع متعارف در بازار عقلا است و همان گونه که مطرح شد، آنچه در بازار عقلا در قالب عقد استصناع قرار می‌گیرد به طور کامل قابل تصحیح است.

یکی دیگر از معاصران نیز بر اساس سیره متشرعه، عقد استصناع را در قالب عقد مستقل این گونه تصحیح کرده‌اند:

مهم‌ترین دلیلی که بر صحت عقد استصناع ارائه شد، اجماع عملی است که فقهای حنفیه بیان کردند که در فقه امامیه از آن به سیره متشرعه یاد می‌شود. گرچه سیره متشرعه مصدر ابتدایی احکام شرعیه نمی‌باشد، ولی با دارا بودن دو شرط ذیل می‌تواند کاشف از احکام شرعی باشد:

شرط اول: اینکه یقین حاصل شود این سیره در زمان رسول الله (ص) هم، به عنوان یک سیره قطعیه مطرح بوده است.

شرط دوم: اینکه نهی خاص یا عامی از طرف شارع مقدس در طرد آن نیامده باشد، با تحقق این دو شرط چنین عملی از شارع مقدس تصحیح می‌شود.

با ملاحظه استدلال فوق استصناع، عقدی مشروع خواهد بود و در صورتی که وجود این سنت در زمان پیامبر (ص) اثبات نشود، از آنجا که عقد استصناع عقدی عرفی است، مشمول اطلاق آیه شریفه «اوفوا بالعقود» می‌شود و بدین وسیله مشروعیت آن به عنوان عقدی مستقل اثبات می‌گردد.^{۵۹}

۵۹. التسخیری، محمد علی، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، المجلد السابع، الجزء الثاني، ص ۷۵۹، ۱۴۱۲ هـ. ق.

چند نکته در بررسی این نظریه قابل طرح است:

نکته اول: اینکه قطع به وجود چنین عقدی در زمان رسول الله (ص) محل تردید است، به ویژه اینکه هر چه به گذشته برمی گردیم نیاز مردم بسیطر و مبادلات اقتصادی محدودتر می شود و ادله قابل اعتمادی که بر وجود چنین عقدی در زمان رسول الله (ص) دلالت داشته باشد مشاهده نشده است.

شاید بتوان در پاسخ به این نکته بیان داشت: از آنجا که شیخ طوسی این بحث را مطرح کرده معلوم می شود در زمان غیبت این بحث وجود داشته است و به همین دلیل شاید نتوان گفت این مسئله از مسایل مستحدثه زمان شیخ بود، بلکه قریب به یک و نیم قرن پیش هم این بحث مطرح بوده است در این صورت، می توان چنین سیره هایی را متصل به زمان معصوم (ع) دانست، اما در هر صورت یقین به چنین اتصال سیره هایی تأمل برانگیز است.

نکته دوم اینکه: اگر مقصود ایشان این است که سیره متشرعه در زمینه استفاده از عقد استصناع نیازمند امضای شارع مقدس است، باید بیان داشت که سیره متشرعه به خلاف بنای عقلا نیاز به امضای شارع ندارد، بلکه صرف وجود سیره متشرعه بر مشروعیت آن عقد کفایت می کند؛ زیرا فرض بر این است که این سیره از شارع مقدس اخذ شده است.

نکته سوم اینکه: اگر ممنوعیت بیع کالی به کالی را مطابق روایتی که از طریق عامه نقل شده است بپذیریم و عقد استصناع را مصداقی از بیع کالی به کالی بدانیم، در این صورت چگونه می توانیم بیان کنیم که عقد استصناع در زمان رسول الله (ص) بوده و نهی عام یا خاصی از طرف حضرت (ص) صادر نشده، بلکه اگر نظیر برخی از فقها به هر دلیل ممنوعیتی برای بیع کالی به کالی قائل نشدیم در این صورت نمی توان گفت هیچ منع و ردعی از طرف شارع وارد نشده است. البته

اگر روایات کالی به کالی را بر بیع دین به دین حمل کنیم نیز این ردعیت برداشته می شود.

در هر صورت، از آنجا که معنی و مفهوم عقد عرفی و تعهد طرفینی در عقد استصناع به طور کامل وجود دارد، می توان این عقد را صرف نظر از ادله مطرح شده، مشمول دلیل «اوفوا بالعقود» و دیگر ادله دانست.

بسیاری از فقها نظیر شیخ انصاری و آخوند خراسانی معتقدند که «عمومات نفوذ قراردادها مانند «اوفوا بالعقود» به صورت قضیه حقیقیه جعل گردیده و یک قاعده کلی به دست می دهد؛^{۶۰} یعنی هرگونه توافقی که اطلاق عقد عرفاً بر آن صحیح باشد مشمول این ادله و لازم الوفاء خواهد بود، حتی از عبارات برخی فقها عدم لزوم امضای شارع در معاملات استفاده می شود و صرف عدم منع شارع از معامله ای را کافی در صحت و امضای آن توسط شارع می دانند.^{۶۱}

در صورت پذیرش این دیدگاه، طرفین قرارداد می توانند خارج از ضوابط خاص معاملات بیع سلف، بیع عین شخصی و اجاره به توافق برسند و نسبت به اوصاف کالا، کیفیت ساخت و تحویل، نحوه پرداخت بها و شرایط دیگر خارج از محدودیت های عقود معین بیع و اجاره تفاهم کنند، در صورتی که این شرایط با عمومات و اطلاقات کتاب و سنت در تعاند نباشد.

مجمع فقهی کنفرانس اسلامی (مجمع الفقه الاسلامی) که جمعی از علمای کشورهای اسلامی اعم از اهل سنت و امامیه در آن حضور دارند و به موضوعات فقهی جدید می پردازند. در نشست ۷ الی ۱۲ ذی قعدة ۱۴۱۲ که در جده برگزار

۶۰. الانصاری، الشیخ مرتضی، کتاب المکاسب، پیشین، ص ۹۰؛ آخوندالخراسانی، محمد کاظم، حاشیة المکاسب، ص ۱۹.

۶۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، سؤال و جواب، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۴۱۵ هـ. ق، سؤال ۴۲۹، ص ۲۷۱.

شد به بررسی این موضوع پرداختند و قرار رقم ۶۷/۳/۷ را به صورت زیر تدوین کردند:

۱. عقد استصناع (عقدی که وارد بر عمل و عین بر ذمه است) زمانی که از ارکان و شرایط لازم برخوردار باشد لازم الطرفین می شود.

۲. در عقد استصناع امور زیر شرط می شود:

الف) بیان جنس، نوع، اندازه و اوصاف مورد نظر کالا،

ب) تعیین مدت ساخت.

۳. در عقد استصناع جایز است تمام مبلغ مدت دار شود یا به صورت اقساط معلوم پرداخت شود.

۴. جایز است عقد استصناع، متضمن شرط جزایی بنا بر آنچه طرفین توافق می کنند، باشد در صورتی که قوه قاهره ای نباشد.^{۶۲}

ظاهر این تقریر این است که عقد استصناع به عنوان عقد مستقلی در نظر گرفته می شود و با مراجعه به مشروح مذاکرات درمی یابیم که مبنای عقد مستقل بودن نیز تصویر ماهیتی مجزا از عقود دیگر برای عقد استصناع است؛ بدین گونه که این عقد، نه وارد بر عمل است تا عقد اجاره تحقق یابد و نه وارد بر عین در ذمه است تا عقد سلم محقق شود، بلکه عقدی است که وارد بر عمل و عین توأمان است، یعنی صانع، متعهد به ساخت و تحویل آن به سفارش هنده است. گرچه این احتمال نیز وجود دارد که آنان عقد استصناع را در قالب بیع مستقل تقریر کنند، ولی از آنجایی که تفاوت معناداری از نظر صحت و احکام مربوط به آن لزوم ندارد، در متن قرارداد لفظ بیع نیامده است. در هر صورت، ایرادی که پیش از این بر ماهیت تصویر شده بیان شد، همچنان پابرجاست.

۶۲. مجمع الفقه الاسلامی، المؤتمر السابعة، ۷ الی ۱۲ ذوالقعدة ۱۴۱۲ هـ. ق الموافق ۹ - ۱۴ مایو ۱۹۹۲ م.

علاوه بر این قرار، مجمع فقهی سازمان کنفرانس اسلامی در کنفرانس هشتم که در بندر سیری بیجوان، برونای دارالسلام در ۷ محرم ۱۴۱۴ هـ. ق با عنوان «مشكلات البنوك الاسلاميه» برگزار شد، در قرار رقم ۸/۷/۷۶ بار دیگر از آن جهت که عقد استصناع جایگزین شرعی مناسبی برای شیوه‌های سرمایه‌گذاری تولیدی است، تأکید کرد.

نتیجه

۱. عقد استصناع، قرارداد سفارش ساخت کالایی خاص یا اجرای طرحی با ویژگی‌های مشخص در آینده است که بین دو شخص، اعم از حقیقی و حقوقی منعقد می‌شود به گونه‌ای که سفارش گیرنده (صانع) متعهد می‌شود موضوع قرارداد را با مواد اولیه‌ای که خود تدارک می‌بیند تولید یا اجرا کند و سفارش دهنده (مستصنع) نیز متعهد می‌شود مبالغ کالا یا طرح مورد نظر را در زمان توافقی که بخشی می‌تواند نقد و بخشی از آن به صورت اقساط شود، در مقابل تحویل موضوع قرارداد به سفارش گیرنده بپردازد.

۲. گرچه عقد استصناع عقدی مستحدث نیست، بلکه از گذشته‌های دور وجود داشته است، ولی در ماهیت آن اتفاق نظری وجود ندارد. مذاهب مالکی، شافعی و حنبلی از مذاهب اهل سنت عمدتاً در قالب عقد سلم (و نه بیع یا عقدی مستقل) با حفظ همه شرایط و ویژگی‌های آن استصناع را تصحیح کردند و فقط مذهب حنفی آن را به عنوان بیعی مستقل از سلم و دیگر عقود تصحیح کرد. ولی پس از قرار مجمع فقهی سازمان کنفرانس اسلامی در سال ۱۴۱۲ هـ. ق مبنی بر استقلال و لزوم این عقد، از این عقد به دلیل اهمیت و گستره کاربرد آن تقریباً در همه کشورهای اسلامی با مذاهب مختلف فقهی، استفاده می‌شود و علمای اسلامی نیز آن را قبول کردند.

۳. گرچه از فقیهان متقدم امامیه غیر از شیخ طوسی و ابن حمزه و ابن سعید حلی آن هم به صورتی بسیار مختصر به آن پرداختند، ولی فقهای متأخر به برخی از جوانب عقد استصناع توجه کردند و در مجموع، فقهای امامیه در قالب های عقد سلم با حفظ همه شرایط آن، در قالب عقدی مرکب از وکالت و اجاره، در قالب بیع شخصی و معین، در قالب بیع شخصی به صورت کلی در معین، در قالب بیع کلی و لازم الوفاء، در قالب عقدی مرکب از عقد مستقل و لازم الوفاء و بیع و در قالب عقدی عرفی مستقل لازم الوفاء به تصحیح آن پرداختند.

۴. گرچه عقد استصناع شباهت هایی با عقد سلم، اجاره، بیع و جعاله دارد و می توان عقد استصناع را در این قالب ها انشاء کرد، ولی آنچه در قالب استصناع به معنای اصطلاحی آن در عرف عقلا میان مردم انشاء می شود، متمایز از دیگر عقود است. از این رو، می توان این قرارداد را در قالب بیع مستقل و یا عقدی مستقل منعقد ساخت و از آنجا که این عقد نه تنها مخالفی با کتاب و سنت ندارد، بلکه سیره متشرعه با آن مساعد و مشمول عموم «أوفوا بالعقود» و «... تجارة عن تراض منکم ...» می شود از مشروعیت لازم برخوردار است.

۵. امروزه عقد استصناع به شیوه های گوناگون به صورت وسیعی در میان مردم رواج پیدا کرده است به گونه ای که با پیمانکاران یا شرکت های پیمانکاری برای احداث مجموعه های عظیم ساختمان های مسکونی، اداری و تجاری، مدارس، بیمارستان ها، راه ها و حتی مساجد قراردادهایی منعقد می شود که تقریباً در هیچ موردی تمام مبلغ قرارداد در مجلس قرارداد پرداخت نمی شود و این مسئله به امر عادی و متعارف در همه مناطق تبدیل شده است و در این زمینه تفاوتی بین متشرعین و غیر آنها نیز مشاهده نمی شود.

اگر پذیرفتیم عقد استصناع بیع مستقلی در مقابل بیع نقدی، نسیه و سلف است و یا عقد مستقلی است به دلیل اینکه عموم ادله «احل الله البيع» و «... تجارة عن

تراض منکم ... و ... آن را دربر می گیرد، از مشروعیت تام برخوردار است، ولی اگر به هر دلیلی نتوانستیم این مبنا را بپذیریم و ملاحظه کنیم که عقد استصناعی که به صورت متعارف در عرف عقلا و در عرصه اقتصادی بسته می شود نیز غالباً در قالب عقود نظیر سلف، اجاره، جعاله و صلح نمی گنجد، چاره کار این است که قرارداد استصناع را در قالب یکی از عقود متعارف با حفظ کامل ضوابط حقوقی آن تنظیم کرده که در این صورت، همه احکام مربوط به آن عقد خاص بر عقد استصناع نیز بار می شود.

۶. تبیین ماهیت فقهی و احکام مربوط به عقد استصناع از اهمیت ویژه ای برخوردار است؛ زیرا مردم و مؤسسات خصوصی و دولتی در فعالیت های اقتصادی خود به صورت روزمره از این عقد استفاده می کنند، ولی این عقد در مجموعه عقود که در کتب فقهی شیعه در قالب فقه المعاملات بررسی می شود، وجود ندارد. بی تردید، فقه اسلامی در بررسی و تحقیق این معامله نظیر هر معامله دیگر از توانمندی بسیار بالایی برخوردار است و می تواند جنبه های گوناگون آن را نظیر مشروعیت یا عدم مشروعیت، جواز یا لزوم و دیگر احکام و شرایط آن را با استفاده از ادله فقهی و اجتهادی به خوبی استخراج کند.

منابع و مأخذ

۱. قرآن کریم.
۲. ابراهیم مصطفی، احمد حسن الزیات و دیگران، المعجم الوسیط، چاپ مجمع اللغة العربیة الادارة العامة للمعجمات و احیاء التراث، دوم، ۱۴۲۷ هـ. ق- ۱۳۸۵ هـ. ش.
۳. شهیدی، محمدتقی، قرارداد استصناع، تقریرات درس خارج فقه، قم، بی تا.

- ۴ . صادقی، محمد، مطالعه تطبیقی قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق، رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۵ هـ. ش.
- ۵ . طباطبائی یزدی، سیدمحمد کاظم، سؤال و جواب، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، سؤال ۴۲۹، ۱۴۱۵ هـ. ق.
- ۶ . موسوی بجنوردی، سیدمحمد، در پاسخ به سؤالات مؤلف، در تاریخ ۱۳۸۶/۴/۱۷ هـ. ش.
- ۷ . _____، مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی، تهران، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، ۱۳۸۱ هـ. ش.
- ۸ . مؤمن قمی، محمد، استصناع، قرارداد سفارش ساخت، قم، مجله فقه اهل بیت (ع)، شماره ۱۱-۱۲، ۱۳۷۶ هـ. ش.
- ۹ . هاشمی شاهرودی، سیدمحمد، استصناع، قم، مجله فقه اهل بیت (ع)، شماره ۱۹-۲۰، ۱۳۷۸ هـ. ش.
- ۱۰ . ابن احمد بن عبدالعزیز بن مازی البخاری، محمود، المحيط البرهانی فی الفقه النعمانی، المجلد الثامن والتاسع، با تحقیق و تعلیق: الشیخ احمد عزّو عنایة، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۴ هـ. ق، ۲۰۰۳ م.
- ۱۱ . حلی هذلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، با اشراف جعفر سبحانی، قم، مؤسسه سید الشهداء، ۱۴۰۵ هـ. ق.
- ۱۲ . ابن منظور مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دارو مکتبه الهلال، بی تا.
- ۱۳ . ابن حمزه، ابی جعفر محمد بن علی الطوسی، الوسيلة إلى نیل الفضیلة، با تحقیق: الشیخ محمد الحسون و السید محمود المرعشی، قم، مکتبه آیت الله المرعشی النجفی، ۱۴۰۸ هـ. ق.
- ۱۴ . اشتهااردی، علی پناه، مجموعه فتاوی ابن الجنید، قم، مؤسسه النشر

- الاسلامی، اول، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۱۵. انصاری، الشیخ مرتضی، کتاب المکاسب، تبریز، مؤسسة النشر الاسلامی، دوم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۱۶. _____، فراید الاصول، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، بی تا.
۱۷. بحرانی، سید یوسف، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۳۷۶ هـ. ق.
۱۸. تسخیری، محمد علی، مجله مجمع الفقه الاسلامی، الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامی، مجلد هفتم، جزء دوم، تهران، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۱۹. حسینی مراغی، السید میر عبدالفتاح، العناوین، ج ۲، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۲۰. ابن زهرة الحلبي، حمزة بن علي، غنية النزوع إلى علمي الاصول والفروع، قم، مؤسسة الامام الصادق (ع)، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۲۱. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۲۲. زحیلی، وهبة، المعاملات الماليه المعاصرة، دار الفكر المعاصر، ۱۴۲۳ هـ. ق- ۲۰۰۲ م.
۲۳. سالوس، علی احمد، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الاسلامی، قطر، دار الثقافة، ۱۴۲۶ هـ. ق، ۲۰۰۵ م.
۲۴. سرخسی، شمس الدین، کتاب المبسوط، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۴ هـ. ق، ۱۹۹۳ م.
۲۵. صدوق، ابو جعفر محمد بن علی، المقنع، قم، مؤسسة الامام الهادی (ع)، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۲۶. _____، الهدایه (فی الاصول والفروع)، قم، مؤسسة الامام

- الهادى(ع)، ١٤١٨ هـ. ق.
٢٧. طوسى، ابى جعفر محمد بن الحسن، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، بيروت، دارالكتاب العربى، ١٣٩٠ هـ. ق.
٢٨. _____، المبسوط فى فقه الامامية، ج ٢، المكتبة المرتضوية لاحياء الأثار الجعفرية، بى تا.
٢٩. _____، كتاب الخلاف، ج ٣، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤١١ هـ. ق.
٣٠. شهيد اول، ابى عبدالله شمس الدين محمد بن مكى العاملى، القواعد والفوايد، تحقيق: السيد عبدالهادى الحكيم، قم، مكتبة المفيد، بى تا.
٣١. _____، اللعة الدمشقية فى فقه الاماميه، بيروت، المكتبة الاسلاميه، اول، ١٣٨٤ هـ. ق.
٣٢. شهيد ثانى، زين الدين بن على العاملى، الروضة البهية فى شرح اللعة الدمشقيه، ج ٢، بيروت، المكتبة الاسلاميه، ١٣٨٤ هـ. ق.
٣٣. _____، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الاسلام، ج ٥، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ١٤١٤ هـ. ق.
٣٤. حسيني عاملى، سيد محمدجواد، مفتاح الكرامة، مؤسسة آل البيت(ع) لاحياء التراث، بى تا.
٣٥. حرّ عاملى، محمد بن الحسن، تفصيل وسايل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، بيروت، داراحياء التراث العربى، بى تا.
٣٦. خمينى (امام) سيدروح الله، تحرير الوسيلة، ج ١، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى(ره) ١٤٢١ هـ. ق.
٣٧. قره داغى، على محيى الدين على، بحوث فى الاقتصاد الاسلامى، بيروت، دار البشائر الاسلاميه، اول، ١٤٢٣ هـ. ق، ٢٠٠٢ م.

۳۸. _____، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، بيروت، دارالبشائر الاسلامية، اول، ۱۴۲۲ هـ. ق- ۲۰۰۱ م.
۳۹. كميجانى، اكبر و نظريور، محمد نقى، چگونگى كاربرد عقد استصناع در قانون عمليات بانكى بدون ربا، مجله علمى پژوهشى اقتصاد اسلامى، شماره ۳۰، تابستان ۱۳۸۷ هـ. ش.
۴۰. مجمع الفقه الاسلامى، المؤتمر السابعة، ۷ الى ۱۲ ذي القعدة ۱۴۱۲ هـ. ق، الموافق ۹-۱۴ مايو ۱۹۹۲ م.
۴۱. مرتضى، على بن الحسين، الانتصار، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۴۲. مفيد، محمد بن النعمان العكبرى البغدادي، المقنعه، بيروت، دار المفيد، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۴۳. موسوى بجنوردى، سيد محمد حسن، القواعد الفقهية، ج ۵، تحقيق: مهدى مهريزى و محمد حسن درائتى، قم، انتشارات دليل ما، اول، ۱۳۷۷ هـ. ش، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۴۴. نجفى، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، دار احياء التراث العربى، بيروت، هفتم، ۱۹۸۱ م.