

بررسی ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران

سعید منصورى*

استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی تهران جنوب

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۶/۲۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۹/۵/۲۵)

چکیده:

موضوع قرارداد استصناع، ساخت کالایی است که بوسیله سفارش دهنده به سازنده با بیان اوصاف و مشخصات آن سفارش داده می شود تا در مدتی معین سازنده با تهیه مواد اولیه، کالای مورد نظر را برای سفارش دهنده ساخته و به وی تحویل کند. چنانچه عقد استصناع را منطبق بر یکی از عقود معین چون بیع یا اجاره و یا جماله و حتی ترکیبی از بیع و اجاره یا بیع و وکالت بدانیم باید احکام آن عقد نیز بر آن مترتب باشد، در غیر این صورت، مستقل بودن قرارداد استصناع را می توان با عنایت به عمومات عقود و اصل آزادی قراردادها و بنای عقلاء توجیه کرد.

واژگان کلیدی:

استصناع، بیع سلم، بیع معدوم، بیع دین به دین، غرر، اجاره، جماله.

مقدمه

هر چند امروزه سفارش ساخت کالا موضوعی متداول و معمول است ولی به همان میزان از نظر حقیقت حقوقی و ماهوی، امری قابل تأمل و مستدعی رفع ابهام است، استصناع تنها از نظر دو یا سه فقیه متقدم چون ابن حمزه طوسی که ضمن عقد دانستن استصناع قایل به جواز آن در طرفین عقد است و یا ابن سعید حلی که با همین بیان، جواز عقد را تنها در ناحیه سفارش دهنده کالا می‌داند و شیخ طوسی که آن را باطل انگاشته، ظهوری اجمالی دارد و مفید دستیابی به ماهیت این عقد نیست. از سویی دیگر نیاز و حاجت عمومی و گستره این قرارداد را نمی‌توان نادید گرفت. لذا ضروری است که بعنوان یک قرارداد جایگاه آن در ساختار حقوقی ایران تبیین شود که آیا می‌توان آن را با عنایت به تعریف قانون مدنی از بیع در ماده ۳۳۸ و اجاره در ماده ۴۶۶ و جعاله در ماده ۵۶۱ قانون مدنی منطبق دانست؟ یا این که ماهیت این قرارداد را می‌توان در قالب عقدی عهدی و غیر معین که آثار کلی عقود معاوضی بر آن مترتب است تبیین کرد. در عقد استصناع، حین قرارداد کالایی موجود نیست، اگر آن را بیع معدوم بدانیم تحلیل ماده ۳۶۱ قانون مدنی که می‌گوید: اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشت. بیع باطل است چگونه خواهد بود؟ و آیا ملاک اصلی در بطلان بیع معدوم صرف عدم وجود مبیع حین عقد است یا حصول غرر؟ مضاف براین که تمیلکی بودن عقود چون بیع که به صرف ایجاب و قبول، تملیک در آن محقق می‌شود و موجد حق عینی است، در بیع سلم و انطباق استصناع با بیع سلم چگونه توجیه می‌گردد؟ این تحلیل که استصناع، اجاره باشد به اصل عمل و حاصل عمل (کالا) از باب قاعده تبعیت نما از اصل به ملکیت سفارش دهنده درآید تا چه میزان قابل پذیرش است؟ قاعده تبعیت نما از اصل در خصوص نمائات ذاتی، اصل است آیا کالای ساخته شده را می‌توان نماء ذاتی عمل اجیر (سازنده) دانست؟

اگر استصناع ترکیبی از بیع و اجاره یا وکالت باشد فارغ از قصد متعاقدين که عقدی واحد را مد نظر داشته‌اند، این ترکیب با ارتکاز عرفی از استصناع منطبق است؟ و اگر سفارش دهنده قبل از شروع ساخت از قصد خود برگردد، آیا ملزم می‌شود که مواد اولیه‌ای را که سازنده خریده است برای خود بردارد؟ این الزام چه میزان با عقد استصناع تناسب دارد؟ ممکن است گفته شود استصناع امر به ساخت است بدین صورت که سفارش دهنده ضامن کالای ساخته شده باشد مانند امر به انجام عملی یا اتلاف مالی با ضمانت آمر، در نتیجه سازنده مامور ساخت است با ضمانت سفارش دهنده نسبت به قیمتی که بر آن توافق کرده‌اند و سفارش دهنده پس از ساخت در قبال تملک او بر کالای ساخته شده ضامن قیمت آن است. این تحلیل از عقد استصناع مستلزم آن است که در استصناع عمل یا مالی اتلاف شود. سؤال اساسی آن است که در عقد استصناع چه اتلافی صورت می‌گیرد تا مشمول ضمانت بالامر

می‌شود؟ اگر نتوان استصناع را منطبق بر یکی از عقود معین دانست، می‌توان استقلال آن را از عموماً عقود و بنای عقلا و همچنین ماده ۱۰ قانون مدنی که مبین اصل آزادی قراردادی است استنباط کرد. مقاله حاضر درصدد تحلیل و اخذ تصمیم و نتیجه درخصوص سوالات فوق است.

مبحث اول: استصناع؛ قراردادی مستقل

الف. مفهوم، ارکان و مبانی استقلال استصناع

۱. مفهوم استصناع: استصناع از باب استفعال است و ریشه آن در کلمه صنع (ساخت) است و در لغت عبارت است از درخواست ساخت کالا از سازنده (مجلس اعلیٰ قاهره، ج ۷-۸، ص ۹۰). در اصطلاح عبارت است از توافق صاحبان صنایع برای ساختن شی معینی مانند تخت یا در برای شخص پیشنهاد دهنده و در این توافق نامه هم مواد کالا و هم عملیات ساخت بر عهده سازنده است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷، ش ۲۰-۱۹، ص ۳).

۲. ارکان استصناع: ارکان عقد استصناع شامل مواردی است که این عقد بدون آنها تحقق نمی‌یابد آن موارد عبارت است از ایجاب و قبول که صیغه عقد نامیده می‌شود و متعاقدین (سفارش دهنده و سازنده) و معقود علیه (کالای سفارش داده شده). در نزد حنفیه رکن عقد فقط ایجاب و قبول است (مرغینانی، ۱۳۵۵، ج ۳ ص ۲۴). منظور از معقود علیه در عقد استصناع شیئی است که ساخته می‌شود و کاری است که سازنده به آن اقدام می‌کند و بهایی است که سفارش دهنده به ازاء آن می‌پردازد. در معقود علیه استصناع اختلاف است که آیا عقد بر عمل یا عین و یا عین و عمل با هم منعقد می‌شود، عده‌ای معقود علیه استصناع را صرفاً عین می‌دانند (ذیلعی، ۱۹۹۳، ج ۴، ص ۱۲۷). مجمع فقه اسلامی در جلسه منعقد ۵ در ۷-۱۲ ذی القعدة سال ۱۴۱۲ در جده در قرار شماره ۷/۳۰/۶۶ در مورد عقد استصناع آورده است که عقد استصناع بر عمل و عین با هم منعقد می‌شود.

۳. مبانی استقلال عقد استصناع: استقلال عقد استصناع در رکن دارد:

الف. توقیفی نبودن عقد و اصل آزادی قراردادی: منظور از توقیفی بودن عقود آن است که هیچ عقدی از نظر شرعی معتبر نیست مگر آن که شارع به آن اثر قانونی بخشیده باشد. بنابراین اصل در عقود طبق این مبنا، فساد است یعنی اصل بطلان هر عقدی است مگر آن که شارع آن را امضاء کرده باشد در نتیجه عموماً نفوذ قراردادها فقط شامل حال عقود رایج در عصر شارع می‌شود و قراردادهای متاخر از آن دورا در بر نمی‌گیرد. در مقابل نظریه عدم توقیفی بودن عقود یا به عبارتی عدم انحصار به عقود معین مطرح است که ریشه در اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده دارد و عموماً قرآن مانند یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود (مائده ۱) و آیه تجارت عن نراض منکم (نساء ۲۹) بر آن حاکم است به آن قانون مدنی در ماده ۱۰ به

عدم توقیفی بودن عقود اشاره کرده و می‌گوید. قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. این ماده قانونی مبین اصل آزادی قراردادی است و متضمن آزادی افراد در انعقاد قرارداد تحت هر عنوانی می‌باشد مگر آن که خلاف قانون امری باشد. ب. سیره عقلا: مراد از سیره عقلا رویه عملی خردمندان اعم از معین و غیر آن است، به عبارتی سیره عقلا استمرار عمل عقلاء بما هم عقلا است، که آن را در اصطلاح بناء عقلا می‌گویند. گفته شده است که سیره عقلا مستقلاً ارزش فقهی ندارد و تنها زمانی ارزشمند است که بتوان موافقت معصوم را از طریق آن کشف کرد بدین صورت که هرگاه عملی مورد تبانی جمع عقلا قرار گیرد بطوری که تمامی آنان بدون استثناء آن رویه را بپذیرند و در زندگی روزمره خود نیز آن را مبنا قرار داده باشند. این امر کاشف از نظر معصوم بوده و دال بر صحت آن است. حال آن که اگر بطور قطع احراز شود که شارع مقدس نیز به حکم آن که یکی از عقلا و بلکه در راس آنان است و رویه عملی او نیز خارج از این بناء نمی‌باشد و ردع و طردی هم درنصوص و کلمات از ناحیه وی به چشم نخورد، می‌توان آن را یکی ارحجیت‌های فقهی محسوب کرد (محقق داماد، ۱۳۶۴، دفتر دوم، ص ۱۲۹). به همین جهت است که گفته شده است، عقد استصناع چون ریشه عرفی و عقلایی دارد قبل از اسلام هم رایج بوده است و بعد از اسلام هم فقها در ازمنه متعدد به آن اشاره کرده‌اند از جمله امام شافعی در کتاب الام به آن پرداخته است (شاطبی، ج ۳، ص ۳۵۴).

در فقه امامیه نیز چند تن از فقهای متقدم به استصناع اشاره کرده‌اند از جمله ابن حمزه طوسی می‌گوید: من استصنع شیئاً قبل و فعل صانع کان مخیراً بین التسلیم و المنع و المستصنع بین القبول و الرد (طوسی، ص ۲۵۷). یعنی کسی که درخواست ساخت کالایی بکند و سازنده قبول کند و آن را بسازد بعد که کالا ساخته شد سازنده مخیر است آن را به سفارش دهنده تسلیم کند یا تسلیم نکند و سفارش دهنده نیز مخیر است آن را قبول کند یا رد کند بیان ابن حمزه حاوی سه نکته است: الف. استصناع عقداست؛ ب. استصناع عقدی صحیح است؛ ج. استصناع عقدی جایز است.

از دیگر فقهای امامیه که در مورد استصناع مطالبی دارد نجیب الدین یحیی بن سعید حلی است که می‌گوید: استصناع شی کالخف و فعل الصانع غیر لازم للمستصنع وله رده (حلی، ۱۴۰۵، ص ۲۵۹). یعنی سفارش ساخت کالایی مانند کفش و ساختن آن بوسیله سازنده از ناحیه سفارش دهنده غیر لازم است و می‌تواند رد کند. یعنی اگر سفارش ساخت کالایی را داد و بوسیله سازنده آن کالا ساخته شد قبول آن از طرف سفارش دهنده لازم نیست و می‌تواند رد یا قبول کند. این بیان نیز مؤید آن است که استصناع عقدی صحیح و جایز است و جواز آن فقط از ناحیه سفارش دهنده می‌باشد.

شیخ طوسی از فقهای نامدار شعیه در المبسوط آورده است: استصناع الخف و النعل و الاوانی من خشب اوصفر اوحدید اورصاص لایجور فان فعل لم یصح العقد و کان بالخیار ان شاء سلمه و ان شاء منعه فان سلمه کان المستصنع بالخیار ان شاء رده و ان شاء قبله (شیخ طوسی، ج ۲، ۱۹۴). یعنی سفارش ساخت چکمه و کفش و ظروف چوبی و رویی و آهنی و مسی جایز نیست و اگر چنین سفارشی صورت گرفت آن عقد صحیح نیست و سازنده اختیار دارد آن را به سفارش دهنده بدهد یا ندهد و اگر آن را داد سفارش دهنده اختیار دارد آن را بپذیرد یا رد کند. از کلام شیخ چنین برمی آید که وی عقد استصناع را صحیح نمی داند، وی دلایل این عدم صحت را در کتاب الخلاف خود با این بیان آورده است: دلیلنا علی بطلانه انا اجمعنا علی انه لا یجب تسلیمها و انه بالخیار بین التسلیم ورد الثمن و المشتري لایلزمه قبضه فلو کان العقد صحیحا لما جاز ذلك و لان ذلك مجهول غیر معلوم بالمعاینه و لاموصوف بالصفه فی الذمه فیجب المنع منه (شیخ طوسی، ج ۲، ۹۳). یعنی دلیل ما بر بطلان استصناع آن است که به اجماع مذهب ما بر سازنده لازم نیست که کالای ساخته شده را تسلیم مشتری کند و می تواند که آن را تسلیم کند یا بهای آن را برگرداند و از طرفی قبض آن بر مشتری لازم نیست و اگر این عقد صحیح می بود نباید چنین باشد. دلیل دیگر بر بطلان استصناع آن است که کالای سفارش شده مجهول بوده و نه عین آن معلوم است و نه صفت آن و عقد بر مجهول ممنوع است. بر کلام شیخ طوسی و دلایل وی اشکالاتی چند مترتب است:

اول این که اجماع مورد ادعایی شیخ بر بطلان استصناع اقامه نشده بلکه از این عبارت وی که می گوید: در مذهب ما اجماع داریم که سازنده واجب نیست که شی ساخته شده را تسلیم مشتری کند بلکه می تواند بهای آن را برگرداند و بر مشتری نیز قبض لازم نیست، معلوم می شود که اجماع بر جواز است در مقابل لزوم عقد استصناع نه بر بطلان. دوم آن که وی به جهت معلوم نبودن عین و صفت آن گفته است عقد استصناع عقد بر مجهول است و عقد بر مجهول هم باطل است. حال آن که فرض مورد معامله در عقد استصناع در جایی است که از هر حیث معلوم باشد چه از نظر جنس و چه صفت لذا ابهامی در کالای سفارش داده شده برای ساخت از این جهت نیست تا جهل حادث شود و متعاقب آن بطلان عارض معامله شود.

ب) احکام، شروط و آثار عقد استصناع

۱. لزوم یا جواز عقد استصناع: در خصوص لزوم یا جواز عقد استصناع در فقه دو نظر آمده است یکی قبل از این که سفارش دهنده جنس سفارش داده شده را رویت کند و به آن رضایت دهد و دیگری بعد از رویت. فقهای حنفی عقد استصناع را قبل از رویت کالا برای طرفین جایز می دانند (ابن عابدین، ۱۹۹۴، ج ۵، ص ۲۲۵). این دیدگاه از این جهت قابل نقد است که

عامل اصلی انعقاد عقد استصناع نیاز و حاجت به کالایی است که در زمان عقد موجود نیست و این حاجت قبل از رویت کالا و بعد از رویت آن، متصور است، پس رویت عامل الزام یا عدم الزام نمی‌تواند باشد مضاف بر این که قایل به عدم لزوم شدن در این حالت موجب حصول تزلزل در اعتماد طرفین به یکدیگر شده منجر به عدم استقرار عقد و تفویت مصالح می‌شود. اما پس از رویت کالا، عده‌ای گفته‌اند عقد برای سازنده لازم است نه سفارش دهنده (ابن عابدین، ۱۹۹۴، ج ۵، ص ۲۲۵). در نقد این نظر می‌توان گفت اعطای حق خیار صرفاً به سفارش دهنده بعد از آن که کالا مطابق اوصاف مقرر ساخته شده است و هیچ عیبی در آن نیست قابل توجیه نیست بلکه چه بسا حق خیار سفارش دهنده موجب تضییع به سازنده شود از این جهت که مشتری برای کالای خود نیابد. خصوصاً اگر با کساد بازار نیز مواجه شود.

عده‌ای دیگر گفته‌اند عقد استصناع بعد از رویت در حق طرفین جایز است (کاسانی، ۹۸۶، ج ۴، ص ۴۴۵). زیرا لزوم موجب اضرار در حق طرفین عقد است، در جانب سازنده از این جهت ضرری است که تسلیم کالا ممکن نیست مگر با اتلاف مواد تهیه شده و ضرر سفارش دهنده هم در پذیرش کالایی است که ندیده است. در نقد این نظر می‌توان گفت ضرر ناشی از اثبات حق فسخ شدیدتر از ضرر ناشی از اثبات لزوم است از این جهت که اتلاف مواد صورت نمی‌گیرد مگر بر اساس توافقی که در آن سازنده متقاضی اجرتی برای آن مواد است و اگر این توافق مفید فایده‌ای برای سازنده نبود وی خود را ملزم به آن نمی‌داندست و چه بسا از اصل اقدام بر آن توافق نمی‌کردند. حاصل آن که نظر صحیح آن است که عقد استصناع در حق طرفین پس از رویت کالایی که مطابق اوصاف مقرر و مورد توافق طرفین ساخته شده است لازم است و وجهی برای ثبوت حق خیار فسخ در جانب متعاقدين وجود ندارد.

۲. شروط عقود استصناع: عقود استصناع مشروط به سه شرط هستند:

الف. معلوم بودن مورد معامله: مورد معامله مال یا عملی است که مورد تعهد قرار گرفته و می‌تواند موضوع معامله قرار گیرد. در یک تقسیم بندی کلی مورد معامله به مال یا عملی گفته می‌شود که اگر عقد عهده‌ای باشد مورد معامله عمل یا ترک عمل یا تعهد به تسلیم یا تعهد به ساخت یا انتقال مال است ولی اگر عقد تملیکی باشد، مورد معامله مالی معین است که به دیگری انتقال داده می‌شود (رفیعی، ۱۳۷۸، ص ۱۶۹). این که مورد معامله باید معلوم باشد از نظر فقهای عامه و خاصه مسجل است چرا که در کتب فقهی فریقین (عامه و خاصه) به آن اشاره شده است. منظور از معلوم بودن این است که اوصاف آن نزد طرفین معامله روشن و مشخص باشد. در قانون مدنی ایران در مواد مختلف به شرطیت علم به موضوع معامله اشاره شده است مانند ماده ۲۱۶ که می‌گوید: مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است یا در ماده ۳۴۲ آمده است: مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و

تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است. واضح است که این شرط اختصاص به بیع ندارد و در همه عقودی که تملیک در آنها محقق می‌شود جاری است. عقد استصناع نیز از قاعده معلوم بودن مورد معامله خارج نیست یعنی باید جنس و مقدار و نوع کیفیت و اندازه و ابعاد کالایی که مورد سفارش ساخت است معلوم و مشخص باشد تا هرگونه جهلی نسبت به مورد معامله مرتفع شود.

ب. چگونگی پرداخت ثمن: تعیین ثمن و معلوم بودن آن همانند مثنی در معامله ضروری است در لزوم معلوم بودن ثمن معامله بین فقها اختلافی نیست، آنچه محل اختلاف است زمان تعیین ثمن و حدود و روش تعیین آن است. در قانون مدنی ایران علاوه بر این که در ماده ۳۳۸ به معلوم بودن عوض و ثمن تصریح شده است از ماده ۳۳۹ که مقرر می‌دارد: پس از توافق بایع و مشتری در بیع و قیمت آن، عقد به ایجاب و قبول واقع می‌شود استنباط می‌شود که باید قبل از ایجاب و قبول درباره ثمن توافق شود و بیع با ثمن مجهول یا مبهم منعقد نمی‌شود. در عقد استصناع نیز در مواردی که در قرارداد سفارش ساخت ثمن بطور دقیق تعیین نمی‌شود معامله غرری تلقی می‌شود، نهایت آن که اگر مقداری از ثمن بصورت پیش پرداخت گرفته شود و مابقی آن طبق توافق طرفین به قیمت بازار هنگام تحویل کالا واگذار شود. آیا این معامله صحیح تلقی می‌شود؟ شیخ انصاری در مکاسب حکم به صحت بیعی را که ثمن آن با حکم مشتری تعیین شود و معیار تعیین ثمن نیز قیمت کالا در بازار باشد را ضعیف قلمداد کرده است و روایت مثبت آن را قابل استناد نمی‌داند (شیخ انصاری، ۱۴۲۲، ج ۴، ص ۲۰۹).

صاحب حدایق به استناد برخی اخبار، بهای متداول در بازار را جانشین ثمن مجهول می‌داند و حکم به بطلان نمی‌دهد و این نظر را از مقدس اردبیلی در شرح ارشاد نقل می‌کند (بحرانی، ج ۱۸، ص ۴۶۱). حاصل آنکه: ثمن باید در هر معامله ای از جمله در عقد استصناع معلوم باشد و مقدار و اوصاف آن معین باشد و در جایی که ثمن تعیین شده به نرخ بازار یا به نرخ روز عقد تعیین می‌شود از آنجایی که نرخ روز عقد ثابت و معین است و از طرفی، متعاقبین نیز اجمالاً قیمت بازار را می‌دانند، هر چند نسبت به مقدار دقیق ثمن جهل دارند ولی این مقدار از جهل از دید عرف قابل مسامحه است و مضر به صحت معامله نمی‌باشد و بالطبع مستلزم غرر و خطر نیست. اما در شرایطی که قیمت کالا در بازار مرتب در نوسان بوده و فاقد ثبات اطمینان بخش باشد در این حال اعتماد به قیمت بازار در واقع اتکا بر مجهول است و مستلزم حصول غرر و در نتیجه باعث بطلان معامله می‌شود.

ج. معین بودن زمان تحویل کالا: درخصوص تعیین مدت در عقد استصناع برای معقود علیه در فقه حنفی دو دیدگاه هست یکی نظر امام حنفی که قایل است تعیین مدت سبب می‌شود که عقد استصناع تبدیل به بیع سلم شود زیرا ذکر مدت از شرایط معامله سلم است

(سرخسی، ۱۹۸۹، ج ۱۲، ص ۱۴۰). دیدگاه دوم که از آن دو شاگرد ابوحنیفه یعنی ابویوسف و شیبانی است آن است که عقد بر ساخت کالا در هر حال استصناع است چه با تعیین مدت و چه بدون تعیین مدت (کاسانی، ۱۹۸۶، ج ۵، ص ۳). بنظر می‌رسد که از آنجا که ثمن در عقد استصناع غالباً موجد است و عرفاً مقداری از آن بعنوان بیعانه پرداخت می‌شود تا مابقی آن حین تحویل کالا پرداخت شود اگر زمان تحویل کالا مشخص نباشد در واقع نه فقط غرر در ناحیه معقود علیه عارض معامله می‌شود بلکه ثمن نیز از این جهت مجهول می‌شود، به عبارتی مجهول ماندن مدت از شروطی است که موجب جهل به ارزش و مقدار ثمن می‌شود و نه تنها شرط که عقد را هم باطل می‌کند (بند ۲ ماده ۲۲۳ ق.م) زیرا میزان اجل در ارزش ثمن موثر است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۳۱۳). ماده ۳۴۴ قانون مدنی در این راستا می‌گوید: «اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت موعدی معینی نگشته باشد، بیع قطعی و ثمن حال محسوب است مگر این که برحسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتي وجود شرطی یا موعدی معهود باشد اگرچه در قرارداد بیع ذکری نشده باشد». از این ماده مستفاد است که اطلاق عقد مقتضی پرداخت نقدی است بنابراین تعیین مدت به منزله یک شرط اساسی برای عقد استصناع است و اصولاً همانطور که علامه حلی نیز تصریح کرده است للشرط قسط من الثمن است (علامه حلی، ج ۱، ص ۴۹۲). یعنی برای هر شرطی جزئی از ثمن قرارداد، پس برای زمان نیز مقداری از ثمن قرار می‌گیرد (للاجل قسط من الثمن) حال اگر این زمان معلوم نباشد در واقع عقد قرین شرط مجهولی است که موجب جهالت در ثمن و در نهایت باعث بطلان معامله است. نتیجه آن که در عقد استصناع نیز زمان تحویل کالای سفارش داده شده باید معلوم باشد حال به عرف معهود یا به اجل مضبوط.

۳. آثار عقد استصناع

الف. انتقال مالکیت کالای مصنوع: در قرارداد استصناع سه راه برای انتقال مالکیت کالا پس از ساخت متصور است: الف. تعهد به تملیک در قالب بیع کلی فی الذمه؛ ب. تعهد به بیع در قالب قولنامه؛ ج. تملیک براساس عقدی عهدی و غیرمعین که مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است. مورد اول: آنچه قابل توجه است آنکه این تحلیل در جایی ممکن است که موضوع استصناع مال کلی فرض شود که در این صورت تملیک اثر عقد محسوب می‌شود ولی ابتدا و آغاز عقد تعهد است که ایفا و اجرای آن به تملیک کالای ساخته شده می‌انجامد. آنچه پذیرش این تحلیل را در بحث تملیک عقد استصناع با دشواری مواجه می‌کند آن است که: اولاً، در همه موارد موضوع استصناع کلی نیست و چه بسا مواردی باشد که یک مصداق بیشتر نداشته باشد. ثانیاً، بیع کلی فی الذمه در قانون مدنی در قالب بیع سلم محقق می‌شود که قبض ثمن در آن شرط است حال آنکه در استصناع نوعاً این قبض صورت نمی‌گیرد. ثالثاً، ظاهر ماده ۳۳۸

ق.م. تصریح به تملیکی بودن عقد بیع داد و با این تحلیل، بیع مال کلی عقدی عهدی محسوب شده که تملیک در آن ناشی از اجرای تعهد اولیه است بر همین جهت عده‌ای گفته‌اند که تعریف بیع در ماده ۳۳۸ ق.م.جامع نیست مگر با توسع در تفسیر و تسامح و صرف نظر کردن از ظاهر عبارت (شهیدی، ۱۳۸۴، ص ۱۴) که در این صورت هم مستلزم آن می‌شود که مرز بندی عقود تملیکی از عقود عهدی که قانون مدنی بر حفظ آن مصر است نادیده انگاشته شود. رابعاً، بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. یکی از آثار بیع بطور مطلق را انتقال مالکیت به مجرد وقوع ذکر کرده است و تحلیل استصناع به بیع کلی که در آن تملیک به مجرد ایجاب و قبول حاصل نمی‌شود بلکه تملیک در آن به مجرد تعیین صورت می‌پذیرد سازگار نمی‌کند.

مورد دوم: که تعهد به بیع است ابتدا مستلزم توضیحی در ماهیت تعهد به بیع بدین مضمون است که تعهد به بیع یا قولنامه یا به تعبیری قرارداد تشکیل بیع با عنایت به اصل صحت به عنوان اصل اولیه در عقود و عدم رد و منع از ناحیه شارع قراردادی معتبر و لازم الوفا تلقی شده است و تعهد به بیع نیز به عنوان تعهد به انجام عمل حقوقی از شمول این صحت خارج نیست. ولی نکته قابل توجه آن است که تعهد به بیع دانستن استصناع مستلزم حصول عملی حقوقی مستقل غیر از عقد اولیه می‌باشد تا در اثر آن تملیک کالا حاصل شود که از جهاتی قابل انتقاد است: اولاً، برخلاف ارتکاز عرفی است چراکه عرف همان عقد اولیه را کافی برای تملیک می‌داند و نیازی به عمل حقوقی مجزا نمی‌بیند. ثانیاً، اگر پس از تنظیم قولنامه، قانونی وضع شود که خرید و فروش مورد معامله را ممنوع یا محدود به شرایطی کند، دیگر نمی‌توان بر مبنای قولنامه مالک را به بیع اجبار کرد زیرا تراضی دو طرف در این باره هنوز اجرا نشده و مشمول قانون جدید است، حال آن که بنادر استصناع بر لزوم تملیک از جانب سازنده است.

مورد سوم: که استصناع را عقدی عهدی و غیر معین و مشمول ماده ۱۰ ق.م. می‌داند قایل است که تملیک در استصناع حاصل دو التزام متقابل است بدین بیان که: عقد استصناع در زمره عقود عهدی است، آن چه در واقع محقق می‌شود تعهد به ساخت و تحویل کالا است زیرا با تراضی و توافق صرفاً تعهد محقق می‌شود چون هدف از این پیمان نتیجه کار سازنده است که حین عقد موجود نیست. به نظر می‌رسد این تحلیل از نظر ارتکاز عرفی در تحلیل مالکیت در عقد استصناع موجه است.

ب. تعهد به ساخت کالا و تعهد به پرداخت بهای آن: در فقه گفته شده است که از زمان انعقاد استصناع تا قبل از ساخت کالا عقد جایز است و سازنده و سفارش دهنده حق فسخ عقد را دارند همچنین است بعد از ساخت کالا تا قبل از رویت آن بوسیله سازنده ولی پس از تکمیل ساخت کالای سفارش داده شده و رویت آن چند نظریه هست. از ابوحنیفه روایت شده است که پس از رویت هم سازنده و هم سفارش دهنده می‌توانند عقد را بر هم زنند زیرا خیار

برای دفع ضرر وضع شده است ولی اکثر فقهای حنفی بر این عقیده اند که در این مرحله فقط سازنده می‌تواند عقد را بر هم زند. با این استدلال که قبل از رویت، عقد نسبت به هر دو جایز است اما سازنده با حاضر کردن کالا نزد سفارش دهنده خیار خود را ساقط کرده است یعنی رضایت داده است که کالا متعلق به سفارش دهنده باشد و چون سفارش دهنده کالایی را خریداری کرده که ندیده است و موضوع عقد استصناع هم عین است که با رویت معلوم می‌شود، پس خیار رویت دارد. ابویوسف از فقهای حنفی گفته است اگر سازنده کالا را مطابق اوصاف توافق شده در عقد بسازد سفارش دهنده خیار فسخ ندارد (کاسانی، ج ۵، ص ۳).

مبحث دوم: استصناع؛ قراردادی غیرمستقل

الف) تأویل استصناع به عقود معین

۱. استصناع و عقد بیع

۱-۱. مفهوم بیع و مالکیت: قانون مدنی در تعریف عقد بیع با عنایت به نظر برخی از فقها در ماده ۳۳۸ می‌گوید: بیع عبارت است از تملیک عین بعوض معلوم. از این تعریف آنچه مستفاد است آن است که بیع در زمره عقود معوض و تملیکی است و در آن تقابل عوضین صورت می‌شود، تقابلی که ریشه در قصد متعاقدين دارد بدین نحو که یکی از دو عوض مبیع باشد و دیگری ثمن و بهای آن محسوب شود. منظور از تملیکی بودن عقد بیع این است که انتقال مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده با ایجاب و قبول واقع می‌شود به عبارتی به صرف توافق خریدار و فروشنده در مورد مبادله کالا و شرایط آن مبیع و ثمن خود بخود مبادله می‌شود و نیاز به کار دیگری ندارد. در موردی که موضوع عقد بیع عین کلی است (ماده ۳۵۰ ق.م) تملیکی بودن بیع با مشکل مواجه می‌شود چرا که در زمان انعقاد عقد بیع عینی نیست تا مبادله شود. برای حل این معضل راههای متفاوت پیشنهاد شده است از جمله این که مراد از تملیک عین به عوض معلوم، تملیک ناشی از عقد بیع است هر چند که بافاصله و به واسطه دخالت تسلیم موجب انتقال مالکیت باشد یعنی عقد بیع در هر صورت منتهی به تملیک عین به عوض معلوم خواهد بود (شهیدی، ۱۳۷۸، ص ۱۴). ولی باید متذکر شد که عبارت ماده ۳۳۸ ق.م مبنی بر حصول تملیک فوری به صرف ایجاب و قبول است و اساساً فرق عقد عهده و تملیکی در همین حصول فوری تملیک و ثبوت حق عینی برای انتقال گیرنده بر موضوع مورد معامله است. بعضی دیگر با تجزیه عقد بیعی که موضوع آن کلی است به دو عقد عهده و تملیکی گفته‌اند که تملیک داخل در مفاد عقد نیست بلکه عمل حقوقی مستقل است که بوسیله قبض انجام می‌شود بدین صورت که با عقد بیع فروشنده متعهد می‌شود که فردی را تعیین کند که با قبض دادن آن به خریدار تملیک حاصل می‌شود (امامی، ۱۳۵۱، ج ۱، ص ۴۸۸ و ۴۵۱). ولی باید به خاطر

داشت که تعهد ناشی از عقد ناظر به تعیین مبیع است نه تملیک آن. برخی دیگر از حقوقدانان گفته‌اند: اگر موضوع عقد بیع عین معین باشد سبب و اقتضای تملیک بی درنگ کارگزار می‌شود ولی هرگاه تملیک به دلیل مانع قراردادی یا مادی مستلزم تحقق شرط دیگر باشد مانند بیع کلی فی الذمه اثر عقد منوط به تحقق شرط است در نتیجه عقد بیع را می‌توان به اعتبار ایجاد زمینه و اقتضای تملیک، عقد تملیکی نامید (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۹). ولی تامل در دو نکته پذیرش این تحلیل از بیع کلی فی الذمه را دشوار می‌سازد: اول، اینکه اگر قرار است تملیکی بودن عقد بیع کلی فی الذمه معلق به تعیین مصداق آن باشد و در عین حال تملیک ماده ۳۳۸ ق.م.را اثر عقدی دانست که از تعهد آغاز می‌شود که با تعیین مصداق اجرا می‌شود دیگر نمی‌توان متعرض کسانی شد که برای تملیک در بیع کلی فی الذمه سببی مستقل و جدا در قالب تعیین آن تصور کرده‌اند. دوم، مرز بندی عقد تملیکی از عقود عهدی مستلزم آن است که در جایی که اثر مستقیم عقد انتقال مالکیت و حقوق عینی است، عقد تملیکی و اگر اثر آن ایجاد تعهد است که تعیین مصداق در آن تملیک و حقوق عینی را بالفعل می‌کند باید آن را عهدی دانست به همین جهت فقها تصریح کردند که ملکیت از اعراض خارجی که مستلزم مصداقی موجود باشد نیست بلکه اعتباری است عقلایی و بیع کلی در ذمه در ساحت اعتبار موجود انگاشته می‌شود به عبارتی دیگر گاهی مورد اعتبار در ذمه است و گاهی در خارج از ذمه و عالم عین، و عقلا هر دو را اعتبار کرده و لحاظ ملک و مملوک برای آن می‌کنند (موسوی خمینی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۱۸). نتیجه آن که هر چند در قانون مدنی تعریف مصرحی از مالکیت نشده است ولی آنچه از مواد این قانون مستفاد است آن است که مفهوم مالکیت، نسبت مالک با مایملک است و این نسبت صرفاً اعتباری است از اعتبارات عقلایی.

۱-۲. استصناع و بیع سلم: بیع سلم یا سلف که در فارسی به آن پیش فروش می‌گویند عبارت است از بیعی که مبیع در آن مدت دارو ثمن نقد است و با بیع پس از مدتی مبیع را تهیه و تحویل مشتری می‌دهد. بیع سلم همانند دیگر عقود یک سری شرایط عمومی دارد که همان شرایط صحت هر معامله‌ای است که در ماده ۱۹۰ ق.م. به آن اشاره شده است و یک سلسله شرایط اختصاصی که در بین این شروط لزوم قبض ثمن در مجلس عقد قرار دارد. صاحب جواهر در خصوص این شرط می‌گوید اگر خریدارو فروشنده پیش از دریافت قیمت از یکدیگر جدا شوند از دیدگاه تمامی علمای ما، معامله باطل است (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۴، ص ۲۸۹). اشکال اساسی که از عدم پرداخت ثمن در مجلس عقد حادث می‌شود آن است که با عدم پرداخت ثمن، ثمن مؤجل می‌شود و مبیع هم که مؤجل است و این نیست مگر بیع دین به دین که رسول خدا (ص) با عبارت لایبایع الدین بالدین (دین به دین مبیعه نمی‌شود) از آن منع کرده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۰۰). در کتاب مستدرک وسایل از کتاب دعائم الاسلام از رسول

خدا (ص) روایت شده است که: انه نهی عن بیع الکالی بالکالی و هو بیع الدین بالدین (یعنی پیامبر (ره) از بیع کالی به کالی، یعنی دین به دین نهی کرده است) (نوری، ۱۳۲۱، ج ۲، ص ۴۹۱). آنچه مستفاد از این روایت است آن است که بیع دین به دین همان بیع کالی به کالی است.

در خصوص شرطیت قبض ثمن در مجلس عقد و نقد بودن آن در قانون مدنی تصریحی وجود ندارد ولی پاره‌ای از نویسندگان به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه با استناد به این قرینه که در ماده ۳۶۴ ق.م.بیع صرف به عنوان مثال «بیعی که قبض شرط صحت آن است» آورده شده اعتقاد دارند که در قانون مدنی نیز قبض ثمن شرط صحت بیع سلم است و باید در مجلس عقد قبض محقق شود. مضاف بر این که اگر ثمن در مجلس عقد نقد پرداخت نشود نتیجه آن می‌شود که در بیع سلم، مبیع و ثمن هر دو کلی فی الذمه وکالی به کالی شود حال آن که پیامبر (ص) از بیع دین به دین که همان بیع کالی به کالی است نهی کرده است. می‌توان در نقد شرطیت اقباض ثمن در مجلس عقد بیع سلم گفت که اولاً: اگر مدرک پرداخت نقدی ثمن در مجلس عقد بیع سلم عبارت علامه حلی در کتاب تذکره باشد مبنی بر این که مراد از بیع دین به دین شامل هر معامله‌ای است که علاوه بر مبیع، ثمن آن نیز موجد باشد و در مجلس قبض نشود (علامه حلی، ج ۱، ص ۳۷۴). این سخن دو اشکال دارد: یکی این که دین غیر از عدم اقباض است چرا که گاهی ثمن مال خارجی است بدون آن که در مجلس عقد اقباض است و گاهی ثمن دین است ولی در مجلس اقباض می‌شود. مضاف بر این که مراد از بیع دین به دین شامل هر معامله‌ای که در خود آن معامله مبیع و ثمن بصورت دین در می‌آید نمی‌شود چنانکه در استصناع چنین است و آنچه در متون فقهی امامیه آمده است نهی از بیع دین به دین است و روایت نهی از بیع کالی به کالی در متون اهل سنت آمده است (حاکم، ج ۲، ص ۶۵۹). و این که در مستدرک الوسایل بیع کالی به کالی را به بیع دین به دین معنا کرده است ظاهر آن است که این تفسیر از راوی است نه آن که در متن حدیث باشد دلیل این مدعا هم آن است که شیخ طوسی به رغم آن که بیع دین به دین را جایز نمی‌داند به جواز فروش دین به نسبه فتوا داده است (شیخ طوسی، ۱۴۱۱، ص ۳۱۰).

ثانیاً، این که قوام بیع سلف در نزد عرف به تاخیر در مبیع است نه شرطیت اقباض ثمن در مجلس عقد.

نتیجه آن که اخذ ثمن در مجلس عقد شرط صحت بیع سلم نیست و استصناع نیز می‌تواند در قالب بیع سلم محقق شود. ولی چند نکته قابل تامل وجود دارد که پذیرش این نتیجه را دشوار می‌سازد. اولاً، طبق ماده ۳ ق.آ.د.م دادگاههای دادگستری مکلف هستند در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین

شرعی نباشد حکم قضیه را صادر کند و این امر در اصل ۴ و ۱۶۷ و ۱۷۰ قانون اساسی آمده است که در موارد سکوت قانون می‌توان به منابع معتبر اسلامی مراجعه کرد. می‌دانیم که یکی از موارد معتبر اسلامی اجماع است و اجماع بر پرداخت ثمن در مجلس عقد بیع سلم، نزد فقهای امامیه محقق است و حتی گفته شده است که ظاهر امر آن است که در این خصوص نصی نیست به غیر از اجماع (خوانساری، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۳۱۷) و این اجماع بدلیل عدم وجود نص، اجماع مدرکی نیست بلکه دلالت آن تام است و اگر ادعا شود که قدر متقین از چنین دلیل لبی (اجماع) آن است که فعلیت یکی از عوضین و این که هر موجد نباشد در تحقق معاوضه شرط است و این معنا اعم از شرطیت اقباض ثمن در مجلس عقد است، می‌توان گفت در عقد استصناع همین قدر متیقن هم محقق نیست چرا که نه کالای فعلیت دارد و نه ثمن آن. ثانیاً، موضوع بیع سلم کلی فی الذمه است اما استصناع غالباً بر عین معین منعقد می‌شود و در بسیاری از موارد کالای سفارش داده شده جهت ساخت فقط یک مورد و مصداق دارد و از ادله‌ای که دلالت بر آن می‌کند که استصناع بر عین منعقد می‌شود این است که مستصنع خیار رویت دارد و خیار رویت فقط در مورد عین می‌باشد (ماده ۴۱۴ ق.م). ثالثاً، در مواردی از نظر عرف، سلم در آنها محقق نمی‌شود و بعضی از فقها هم گفته‌اند که بیع سلم در عقار و منازل جایز نیست (حلی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۳۱۹). بنابراین، اگر عقد استصناع یکی از مصادیق بیع سلم باشد باید تمام قراردادهای سفارش ساخت و پیش فروش منازل مسکونی که هنوز ساخته نشده است را باطل بدانیم حال آن که عرف معاملات و بناء عقلا به صحت این قراردادها و معاملات معتقد است. رابعاً، در بیع سلم وجود اجل شرط است حال آن که در عقد استصناع این مطلب محل بحث است که در بحث شروط استصناع متعرض آن شدیم. خامساً، بیع سلم عقدی لازم است ولی لزوم و جواز عقد استصناع محل اختلاف است.

سادساً، در بیع سلم پرداخت ثمن در مجلس عقد شرط است ولی در استصناع شرط نیست چرا که بیع مال کلی اعم از بیع سلم است به همین جهت کسانی که استصناع را بیع مال کلی فی الذمه دانسته‌اند در عین حال آن را از بیع سلم متمایز می‌دانند به این دلیل که در استصناع برعکس سلم پرداخت ثمن شرط نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۲۷۶).

۳-۱. استصناع و بیع معدوم: بیع معدوم، بیع عین معین غیر موجود در حال عقد است و در واقع بیع شخصی است. در فقه حنفی استصناع بر مبنای بیع معدوم مطرح شده است و گفته‌اند که معدوم هم مورد حکم قرار می‌گیرد (موجود حکمی)، عین معدوم در عقد استصناع هم موجود حکمی تلقی می‌شود در مقابل موجود حقیقی (عینی، ۱۴۲۰، ج ۸، ص ۳۷۴). در قانون مدنی ایران در ماده ۳۶۱ آمده است که اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته است بیع باطل است و از آنجا که مطابق ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیع تملیک عین معرفی شده است، فروش

مال آینده را نباید بیع نامید بلکه ترازی درباره بیع است. به نظر برخی از نویسندگان حقوق، تامل در مفاد ماده ۳۶۱ ق.م در مبنای بطلان بیع مال معدوم مستلزم تحلیلی بدین مضمون است که، گاهی طرفین عقد قصد دارند بیع منجزی را منعقد کنند و آن را سبب تملیک قرار دهند که در این صورت مبیع باید موجود باشد تا بتواند موضوع عقد قرار گیرد. زیرا تملیک به معدوم نمی شود از آن جهت که حق قائم به معدوم نمی شود. در نتیجه ترازی دو طرف درباره فروش مالی که وجود خارجی ندارد عقیم می ماند که فرض بطلان ماده ۳۶۱ ناظر به همین فرض است. فرض دیگر آن است که طرفین عقد می خواهند برای تملیک آینده، سبب سازی کنند در این فرض عقد بیع چنان آفریده شده که تاثیر آن (تملیک) معلق به وجود بیع در آینده است مبیع هم عین خارجی نیست تا بیع مشمول ماده ۳۶۲ ق.م و باطل باشد بلکه آنچه فروخته شده بیشتر به مال کلی می ماند و حق مالکیت پس از ایجاد، انتقال می یابد و هیچ گاه بر معدوم استوار نمی شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۹۴، ۲۹۳، ۲۷۶، ۲۷۵، ۱۰۶).

در تحلیلی دیگر ماده ۳۶۱ ق.م در مواردی که وجود مبیع اعم از عین معین یا کلی در آینده قطعی است و بیع ممکن الوجود است نظارتی ندارد و در عقد استصناع حتی اگر وجود مبیع در آینده قطعی نباشد اما قراین و اوضاع و احوال حاکم بر عقد به نحوی باشد که احتمال عرفی معتنا بهی برای ایجاد آن در آینده باشد، موجود فرض می شود (حسن زاده، ۱۳۸۷، پایان نامه). بنابراین، تعبیر از سفارش ساخت به عقد بیع و سپس عهدی دانستن آن هر چند استصناع را از زمره بیع تملیکی ماده ۳۳۸ قانون مدنی خارج می کند ولی از آنجا که هدف اصلی در بیشتر این گونه سفارشات انتقال نتیجه کار است، از منظر عرف بیع خوانده می شود، آن هم بیع عهدی یا به تعبیری دقیق تر، بیعی که در آن تملیک اثر عقد محسوب می شود ولی از تعهد آغاز شده، پس مصداق تعهد به تملیک است و این در جایی است که موضوع استصناع را مال کلی بدانیم و با تفسیری موسع از ماده ۳۳۸ ق.م قایل شویم که در عقد بیع که عقدی تملیکی است، فوریت تملیک شرط نیست، تفسیری که با اطلاق ماده ۳۳۸ ق.م خیلی هم منطبق نیست. به همین جهت گفته شده است که در بیع کلی فی الذمه نیز اثر فوری و بلاواسطه عقد انتقال مالکیت است اما آنچه که منتقل می شود مالکیت ما فی الذمه بایع است که ایجاد یک حق دینی می کند و با تعیین فرد مبیع، تبدیل به حق عینی می شود (عدل، ۱۳۴۲، ص ۲۲۶). بنابراین، اثر تعیین در تبدیل حق دینی به حق عینی است، مگر در مواردی که موضوع آن معین باشد، خصوصاً در مواردی که تنها یک مصداق دارد که هر چند می توان به اعتبار اطمینان به حصول آتی آن، معدوم را موجود انگاشت تا با ماده ۳۶۱ ق.م در تعارض نباشد ولی فرض صحت این تحلیل سبب می شود که بر اساس آن، الزام سازنده به ساخت کالا وجهی نداشته باشد.

۲- استصناع و عقد اجاره

۲-۱. مفهوم اجاره و منفعت: ماده ۴۶۶ قانون مدنی در تعریف اجاره آورده است که اجاره عقدی است معوض و تملیکی که به موجب آن مستاجر مالک منافع عین مستاجر می‌شود و بر سه قسم است: اشیاء، حیوانات و اشخاص (ماده ۴۶۷ ق.م). تعریف قانون مدنی از اجاره آن را عقدی معرفی می‌کند که به موجب آن مستاجر مالک منافع عین مستاجر می‌شود آنچه در بدو امر در تعریف عقد اجاره جلب نظر می‌کند مالکیت منفعت است از آن جهت که منفعت تدریجی الحصول است و باصطلاح، کم متصل غیر قارالذات (کمیتی که در یک آن موجود نیست) می‌باشد. اختصاص مالکیت بر آن در آن واحد که آنات حاصل نیست محل مناقشه است خصوصاً با عنایت به بند ۳ ماده ۴۹۰ ق.م که مستاجر باید اجاره تمام مدت را نقد و یکجا بپردازد که با این حساب عقد اجاره در زمره عقود معوض قرار می‌گیرد. بنابراین، همانطور که در بحث تعریف مالکیت آورديم که مالکیت از امور اعتباری است که حیثیتی جز اعتبار عقلا ندارد در مورد منفعت هم می‌گوییم، منفعت هر چند تدریجی الحصول باشد ولی به اعتبار عقلا وجود تقدیری دارد و موجود محسوب می‌شود و همین اعتبار وجودی برای تعلق ملکیت به آن کفایت می‌کند.

۲-۲. استصناع و اجاره عمل به اصل و حاصل آن به نتیجه: همانطور که ذکر شد اجاره تملیک منافع است نه تملیک اعیان، درحالی که در استصناع کالای ساخته شده عین خارجی است که با عقد اجاره نمی‌توان مالک آن شد و تملک آن نیازمند سبب یا ناقلی غیر از اجاره است به همین جهت برای توجیه چگونگی تملک سفارش دهنده نسبت به عین موضوع معامله از طریق اجاره گفته شده است که در عقد اجاره اشخاص، مستاجر مالک عمل اجیر است و در عقد استصناع سفارش دهنده، سازنده را برای ساختن کالای ساخته شده اجیر می‌کند و با عقد اجاره مالک عمل سازنده می‌شود و از آنجایی که کالای ساخته شده به منزله نتیجه و ثمره عمل سازنده است طبق قانون تبعیت نما از اصل، عین نیز ملک کسی است که مالک عمل است (سفارش دهنده) چرا که مالک اصل، مالک نما نیز می‌باشد. این تحلیل مفید این مزیت است که در صورت بطلان عقد مثلاً به موت سازنده، کالای ساخته شده از آن سفارش دهنده خواهد بود و او ضامن اجرت عمل سازنده به اندازه متعارف (اجرت المثل) است. ولی فارغ از این مزیت باید توجه داشت که قانون تبعیت نما از اصل مستند به سیره عقلا و ارتکاز عرفی است و چون دلیل لفظی ندارد، نمی‌توان به اطلاق آن تمسک کرد و در همه موارد آن را جاری دانست. ثمره درخت هم که به تبع اجاره اصل، به ملکیت مستاجر درمی‌آید مشمول موردی است که میوه آن زاییده اصل و در امتداد آن است اما در استصناع ماده کالای ساخته شده زاییده عمل سازنده نیست. بنابراین ماده کالای ساخته شده قبل از ساخت متعلق به سازنده

است و برای انتقال ملکیت آن به سفارش دهنده محتاج سبب ناقلی غیر از عقد اجاره می‌باشیم (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ش ۱۹ و ۲۰، ص ۱۷ و ۱۶).

۲-۳. استصناع و تملک کالای ساخته شده به تبع تملک عمل: منظور از استصناع و تملک کالای ساخته شده به تبع تملک عمل آن است که در ضمن عقد اجاره شرط شود، اجیر که سازنده کالا است آنها را به سفارش دهنده بدهد مانند مورد خیاطی که مستاجر بطور ضمنی نخ‌هایی را که خیاط در دوخت لباس بکار برده است مالک می‌شود. بنظر می‌رسد عمده اشکال در این صورت از استصناع بر عقد اجاره در این است که تملک ضمنی و تبعی در جایی است که عین دیگری زاید بر عملی که اجیر بر روی مال مستاجر انجام داده است وجود داشته باشد حال آن که در استصناع تمام ماده کالای ساخته شده از آن، سازنده است و چیزی از آن متعلق به سفارش دهنده نیست و در این صورت عملیات ایجاد کالا مقدمه ساخت آن است و عین آن مال غرض سفارش دهنده است نه عملیات آن (منبع سابق، ص ۱۹).

۳. استصناع و عقد جعاله

۳-۱. مفهوم جعاله و اقسام آن: در تعریف جعاله در ماده ۵۶۱ ق.م.آ. آمده است که جعاله عبارت است از التزام شخص به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از این که طرف معین باشد یا غیر معین و ماده ۵۶۲ ق.م. در مقام بیان اصطلاحاتی که در این عمل حقوقی بکار می‌رود می‌افزاید: در جعاله ملتزم را جاعل، طرف را عامل و اجرت را جعل می‌گویند. تعریف جعاله به اجاره اشخاص شباهت بسیار دارد زیرا در اجاره اشخاص نیز مستاجر ملتزم می‌شود که اجرت معلومی را در برابر کاری معین بپردازد ولی با این حال بین جعاله و اجاره اشخاص فرق است در این که در اجاره اشخاص اجرت و میزان کار باید معلوم و معین باشد و طرف ایجاب نیز شخص معین است که به عنوان اجیر آن را می‌پذیرد و ملتزم به کار می‌شود ولی در جعاله نه تنها میزان کاری که باید انجام شود به درستی معلوم نیست بلکه اجرت نیز ممکن است به تفصیل معلوم نباشد (ماده ۵۶۳ ق.م.) و ایجاب هم ممکن است خطاب به عموم باشد.

۳-۲. چگونگی ارتباط استصناع با عقد جعاله: هر چند استصناع با جعاله دارای شباهتهایی هست ولی این شباهت تام و کامل نیست و وجود موارد افتراق این دو را از هم متمایز می‌سازد، مواردی مانند این که: الف. جعاله در مصنوعات و غیر مصنوعات است در حالی که استصناع فقط در مصنوعات می‌باشد و از این جهت بین آن دو عموم و خصوص مطلق برقرار است و اگر گفته شود استصناع قابل انطباق بر جعاله خاص است باید متذکر شد که جعاله تعهد جایز است حال آن که بیان شد که استصناع عقدی لازم است، مضاف بر این که اگر استصناع از اقسام جعاله باشد این امر خلاف ارتکاز عرفی است و تلقی عرفی از استصناع جعاله نمی‌باشد. ب. عمل جعاله گاهی معلوم و گاهی نامعلوم است که این امر اقتضای طبیعی عقد جعاله است که

آن را از سایر عقود متمایز می‌سازد به خلاف استصناع که در آن باید عمل معین و مضبوط و مدت کاری که باید انجام شود مشخص باشد. ج. در جعاله عام تعیین عامل شرط نیست حال آن که در عقد استصناع تعیین عامل شرط است و اساساً تا سازنده معین نشود قرارداد سفارش ساخت منعقد نمی‌شود. د. در جعاله اگر عامل مجنون یا صغیر ممیز باشد و عمل را انجام دهد مستحق اجرت خواهد بود در صورتی که در عقد استصناع چنین نیست و قول و فعل صغیر و مجنون فاقد اعتبار است. چرا که این دو فاقد اهلیت معاملی می‌باشند و حتی در نظر برخی از فقها و حقوقدانان مجنون و صغیر بدون اذن ولی نیز می‌توانند طرف جعاله قرار گیرند (حایری شاه باغ، ۱۳۲۸، ج ۱، ص ۵۱۴ - نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۵، ص ۱۹۶). ه. محل و موضع عقد جعاله امری واحد است و آن عمل صرف است، اما محل و موضوع استصناع در ظاهر امر دو چیز است که با هم مجتمع می‌باشند یکی عمل و دیگری عین که استصناع با هر دو معنا می‌یابد. و. عقد یا ایقاع بودن جعاله محل اختلاف است ولی در خصوص ماهیت استصناع که در قالب عقد محقق می‌شود اختلافی نیست. باعنایت به موارد فوق به نظر می‌رسد انطباق تام بین جعاله و استصناع برقرار نیست و نمی‌شود استصناع را قسمی از جعاله دانست.

۴- استصناع و ترکیبی از چند عقد

۴-۱. استصناع، ترکیبی از وکالت و اجاره: قانون مدنی در ماده ۶۵۶ به پیروی از مشهور فقهای امامیه وکالت را عقد دانسته است و در تعریف آن آورده است: وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌کند بنابراین نیابت جوهر و کالت است و وکالت در اموری، اعتبار دارد که قابلیت نیابت در آن عمل وجود داشته باشد. بنابراین، این سؤال مطرح می‌شود که آیا استصناع می‌تواند ترکیبی از عقد وکالت و اجاره باشد؟ بدین صورت که سفارش دهنده سازنده را وکیل خود کند تا مواد اولیه کالای مورد سفارش را برای او بخرد و آن را به گونه‌ای که وی می‌خواهد بسازد، با این تحلیل استصناع از طرفی مشتمل بر وکالت در خرید ماده اولیه از سوی سفارش دهنده می‌شود و از طرف دیگر مشتمل بر اجاره سازنده برای ساخت کالا است، که آن را همانطور که سفارش دهنده می‌خواهد در مقابل اجرتی معین برای او بسازد. این تحلیل در مورد استصناع با مشکلاتی مواجه است:

الف. تمام موارد اولیه در ساخت کالا را باید سازنده تهیه کند و هیچ ماده اولیه‌ای از طرف سفارش دهنده به سازنده داده نمی‌شود. ب. مطابق روالی که در عرف مستقر است بنابراین نیست که سفارش دهنده سازنده را برای خرید اولیه کالا وکیل خود کند به عبارتی دیگر از نظر عرف معهود نیست. ج. با فرض وکالت سفارش دهنده به سازنده در خرید کالا باید قبل از ساخت و اتمام کالای سفارشی، مواد اولیه خریدار شده ملک سفارش دهنده باشد حال آن که

غرض اصلی در عقد استصناع خود کالای ساخته شده است نه مواد اولیه خریداری شده. د. لازمه این تحلیل آن است که هرگونه تلف و خسارت در خصوص مواد اولیه قبل از ساخت کالا بر عهده سفارش دهنده باشد. زیرا سازنده با وکالت از سفارش دهنده این مواد را برای وی خریده است و هر گاه بدون تعدی و تفریطی از ناحیه وی، این مواد تلف شود یا دچار خسارت شود این تلف بر عهده مالک آن مواد یعنی سفارش دهنده است، حال آن که در نظر عرف پس از ساخت کالا و تحویل آن به سفارش دهنده ملکیت برای وی حاصل شده و آنگاه تخلف یا خسارت برعهده اوست نه قبل از آن. ه. اگر بپذیریم که سازنده وکیل در خریداری مواد اولیه از ناحیه سفارش دهنده بوده است، لازمه اش آن است که اگر قبل از ساخت کالا سفارش دهنده از قصد خود منصرف شود ملزم است مواد اولیه ای را که سازنده برای وی خریده است بردارد زیرا این مواد برای او خریداری شده است و سازنده فقط وکیل وی در خرید آن محسوب می شود و تمام این امور را به وکالت از موکل خود انجام داده است ولی با تامل در قراردادهای سفارش ساخت معلوم می شود که این الزام تناسبی با عقد استصناع ندارد زیرا مقصود اصلی سفارش دهنده کالای ساخته شده است نه مواد اولیه آن. بنابراین اشکالات مذکور به نظر می رسد تحلیل استصناع در ترکیبی از عقد وکالت و اجاره قابل پذیرش نباشد.

۲-۴. استصناع ترکیبی از بیع و اجاره: بعضی در بیان ماهیت عقد استصناع آن را ترکیبی از بیع و اجاره دانسته اند و آورده اند که سفارش های صنعتی از مشتریان به سازندگان مانند سفارش ساخت یک دست مبل یا یک اتومبیل فیات مخصوص یا روکش چوبی رادیاتورهای شوفاز منازل را استصناع گویند و این عقد مرکب از بیع و اجاره اعمال است (جعفری نگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۳۴). اما تصور استصناع در ترکیبی از بیع و اجاره بنظر صحیح نمی کند زیرا فارغ از ماهیت بیع و اجاره که در موارد قبل به آن اشاره شد و بیان کردیم که استصناع با ماهیت تعریفی قانون مدنی از بیع در ماده ۳۳۸ و اجاره در ماده ۴۶۶ و مواد ۵۱۲ و ۵۱۳ منطبق نیست با فرض عقد استصناع در ترکیبی از بیع و اجاره نیز منطبق نیست. زیرا فرض ما در عقد استصناع در جایی است که سفارش دهنده سفارش ساخت کالایی را می دهد و در همان لحظه سفارش قرارداد منعقد می شود. یعنی زمانی که هنوز کالایی ساخته نشده است، قرارداد سفارش ساخت منعقد می شود مضاف براین که تجزیه عقد استصناع به دو عقد اجاره و بیع برخلاف ارتکاز عرفی از عقد استصناع است و در عرف معاملات، سفارش دهنده صرفاً قصد سفارش کالا و ساخت آن را دارد و سازنده هم طبق توافق مواد اولیه را خود آماده کرده و طبق اوصاف توافق شده، کالا را می سازد و اساساً بحثی از ترکیب بیع و اجاره در قصد متعاقدین لحاظ نمی شود.

نتیجه

مبنای ماده ۱۰ ق.م.ا.ص اصل آزادی قراردادی است که وسیله ای موثر و مفید در روابط اجتماعی محسوب می شود. و در صورتی که با مصالح مهم تر در تضاد قرار گیرد بوسیله قانونگذار محدود می شود به همین جهت دو معیار اخلاق حسنه و نظم عمومی علاوه بر قانون بعنوان شاخص نفوذ قرارداد لحاظ شده است. این مطلب هم در ماده ۱۰ و هم در ماده ۹۷۵ ق.م.ا.ص آمده است مراد از قانون در ماده ۱۰ قانون امری است نه تکمیلی و مقصود از صریح قانون تأیید اصل مباح بودن قراردادها است و کنایه از این که در منع قانونگذار تردید نباشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۵۷). در توجیه ماهیت حقوقی قرارداد استصناع در حقوق ایران، اصل آزادی قراردادی منعکس در ماده ۱۰ ق.م.ا.ص بسیار کارساز است چرا که با تحلیل موارد مشخص شد که قرارداد استصناع با توجه به شکل و نحوه انعقاد و ارتکازات عرفی حاکم بر آن و صراحت تعریف ماهیات حقوقی مندرج در قانون مدنی در قالب عقود معین، قابل توجیه نیست و شرایط موجود در قرارداد استصناع، قرارداد مزبور را به عقدی مختلط تبدیل می کند که از جهتی شبیه بیع و از جهتی دیگر شبیه اجاره یا جعاله یا وکالت است و توجیه آن در قالب ضمان بالامر نیز احتیاج به توسع در مفاد ضمان بالامر دارد که علاوه بر دشواری آن از نظر قانون نیز سببی برای مالکیت شی ساخته شده برای سازنده شناخته نمی شود و از اسباب تملک مزبور در ماده ۱۴۰ ق.م.ا.ص منصرف است. تفسیر قرارداد استصناع براساس عقود مختلط نیز متضمن این مطلب است که این عقود یا تجزیه ناپذیرند که شامل عقود است که مجموع چند عمل حقوقی که در عرف استقلال ویژه دارند با از دست دادن استقلال خود با یک قصد انشاء، واقع می شوند که در این عقود باید آنچه واقع شده است را مستقل از اجزای آن شمرد، مثلاً عقد حواله حاوی دو عمل حقوقی، انتقال دین و طلب است و چون عرف و قانون برای آن وجودی مستقل لحاظ می کند بطور کامل نمی تواند تابع قواعد اجزای خود یعنی انتقال دین و طلب باشد. یا تجزیه پذیر می باشند که در آن چند انشاء ضمن یک سند بیان می شود ولی مجموعه حاصل از آنها به نحوی است که اجزای تشکیل دهنده ماهیت شخص خود را حفظ می کنند مثلاً شخصی خانه اش را می فروشد به علاوه مدت یک ماه برای تعمیر خانه به کار بنایی گمارده می شود در این عقد مختلط، عقود تشکیل دهنده ماهیت حقوقی خود را حفظ کرده اند.

مجموع این مطالب مفید این مطلب است که قرارداد استصناع بعنوان عقدی غیرمعین جز ماده ۱۰ ق.م.ا.ص قابل توجیه نیست و از این جهت شبیه عقود مختلط تجزیه ناپذیر است.

منابع و مأخذ

الف - فارسی

۱. امامی، حسن (۱۳۵۱ ه.ش)، حقوق مدنی ج ۱، تهران: کتابفروشی اسلامی.
۲. انصاری، م رضی (۱۴۲۲ ه.ق)، مکاسب ج ۴، قم: مجمع فکر اسلامی.
۳. جعفری نگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶ ه.ش)، الفارق ج ۱، تهران: گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، تهران: گنج دانش.
۵. حائری شاه باغ، علی (۱۳۲۸ ه.ش)، شرح قانون مدنی ج ۱، تهران: بی تا.
۶. حسن زاده، منصوره (۱۳۸۷ ه.ش)، بیع مال آینده در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.
۷. رفیعی، محمد تقی (۱۳۷۸ ه.ش)، مطالعه تطبیقی غرر در معامله، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۸. شهیدی، مهدی (۱۳۳۸ ه.ش)، حقوق مدنی ۶، تهران: انتشارات مجد.
۹. عدل، مصطفی (۱۳۴۲ ه.ش)، حقوق مدنی ش ۱۰۵، تهران: انتشارات امیر کبیر.
۱۰. قره داغی، علی (۲۰۰۱ م)، بحوث فی فقه المعاملات المالیه المعاصره، بیروت: دارالبیضاء.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳ ه.ش)، قواعد عمومی قراردادها ج ۱، شماره ۹۴، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ ه.ش)، درسهایی از عقود معین ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۳. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۶ ه.ش)، اصول فقه، دفتر دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۴. هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۷ ه.ش)، مقاله استصناع ش ۱۹ و ۲۰، قم: فصلنامه فقه اهل بیت.

ب - عربی

۱. ابن عابدین، محمد امین بن عمر (۱۹۹۴ م)، رد المحتار علی الدر المختار ج ۵، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲. بحرانی، یوسف (بی تا)، الحدائق الناضره فی احکام عتره الطاهره ج ۱۸، قم: موسسه نشر اسلامی.
۳. حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ ه.ق)، الجامع للشرایع، قم: موسسه سیدالشهدا.
۴. حلی، حسن بن یوسف (بی تا)، تذکره الفقها ج ۱، تهران: مکتبه المرتضویه.
۵. نیشابوری، حاکم (بی تا)، المستدرک علی الصحیحین ج ۶، بیروت: دار المعرفه.
۶. حلی، محمد بن ادریس (۱۴۱۱ ه.ق)، السرائر، ج ۶، قم: موسسه نشر اسلامی.
۷. خوانساری، احمد (۱۳۳۴ ه.ق)، جامع المدارک ج ۳، قم: نشر اسماعیلیان.
۸. ذیلعی، (۱۹۹۳ م)، تبیین الحقایق ج ۴، بیروت: دار المعرفه.
۹. سرخسی، ابی بکر (۱۹۸۹ م)، المبسوط ج ۱۲، بیروت: دار المعرفه.
۱۰. شاطبی، ابراهیم بن موسی (بی تا)، الموافقات ج ۳، بیروت: دارالفکر لطباعه والنشر والتوزیع.
۱۱. طوسی، عمادالدین ابی جعفر (بی تا)، الوسيله الی نيل الفضليه، قم: کتابخانه مرعشی نجفی چاپ خيام.
۱۲. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ه.ق)، المبسوط ج ۲، تهران: المکتبه المرتضویه.
۱۳. طوسی، محمد بن حسن (بی تا)، الخلاف ج ۲، قم: شرکه دار المعارف الاسلامیه.
۱۴. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۱ ه.ق)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم: نشر قدس.
۱۵. عینی، محمود بن احمد (۱۴۲۰ ه.ق)، البنايه شرح الهدایه ج ۸، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۶. کاسانی حنفی (۱۹۸۶ م)، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع ج ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۷. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ ه.ق)، الکافی ج ۵، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۱۸. موسوی خمینی، روح الله (۱۴۱۶ ه.ق)، البیع ج ۱، قم: موسسه نشر اسلامی.

۱۹. مجموعه من العلماء، (بی تا)، موسوعه الفقه الاسلامی المقارن ج ۷-۸، قاهره: وزارت اوقاف.
۲۰. مرغینانی، علی بن ابی بکر (۱۳۵۵ه.ق)، الهدایه ج ۳، قاهره: مصطفی البابی الحلبی.
۲۱. نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱م)، جواهرالکلام ج ۲۴، بیروت: داراحیاء التراث.
۲۲. نوری، میرزا حسین (۱۳۲۱ه.ق)، مستدرک الوسائل ج ۱، بی تا.
۲۳. نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱م) جواهرالکلام ج ۳۵، بیروت: دار احیای التراث العربی.