

الله اعلم  
الله اعلم



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری  
پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی  
وابسته به مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

**عنوان:**

## **بررسی ماهیت و ادله صحت و لزوم بیع استصناع در فقه و حقوق با محوریت آراء امام خمینی (س)**

**استاد راهنما:**

جناب آقای دکتر جمشید جعفرپور

**استاد مشاور:**

حضرت آیت الله سید محمد موسوی بجنوردی

**پژوهشگر:**

سمانه صمدی

**ماه / سال تحصیلی:**

آبان 1391

کلیه حقوق مادی و معنوی این پایان نامه متعلق به پژوهشکده می باشد.  
چاپ پایان نامه و استخراج مقاله از پایان نامه باید به نام پژوهشکده، با تأیید استاد راهنما و با مجوز معاونت پژوهشی باشد.

تقدیم به روح پرفتوح بنیانگذار انقلاب اسلامی ایران

حضرت امام خمینی سلام الله علیه

خداوند یکتا را سپاس می‌گویم که به من امکان داد  
تا بتوانم این مرحله از تحصیل خود را نیز با موفقیت پشت سر بگذارم.

در اینجا لازم میدانم از استاد راهنمای بزرگواریم جناب آقای دکتر جعفرپور، همچنین از مدیریت  
محترم گروه حضرت آیت الله بجنوردی که زحمت مشاوره این پایان نامه را متقبل شدند تشکر و  
قدردانی نمایم.

و نیز تشکر می‌کنم از محضر ارزشمند پدر و مادرمه‌ریانم به خاطر همه تلاشهای محبت آمیز و  
صبورانه‌ای که در دوران مختلف زندگی ام انجام داده‌اند و آرامش روحی و آسایش فکری ام فراهم  
نمودند تا با حمایت های همه جانبه در محیطی مطلوب ، مراتب تحصیلی و نیز پایان نامه درسی را به  
نحو احسن به اتمام برسانم.

و همسر عزیزم که حضور و همراهی اش در کنارم همواره مایه دلگرمی من بود.

## چکیده

پژوهشکده امام خمینی (س) و انقلاب اسلامی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد
رشته تحصیلی: فقه و مبانی حقوق اسلامی
عنوان پایان نامه: بررسی ماهیت و ادله‌ی صحت و لزوم بیع استصناع در فقه و حقوق با محوریت آراء امام خمینی (س)
نام و نام خانوادگی دانشجو: سمانه صمدی
استاد راهنما: جناب آقای دکتر جمشید جعفرپور
استاد مشاور: حضرت آیت الله سید محمد موسوی بجنوردی
تاریخ شروع پایان نامه: دی ۱۳۹۰
تاریخ اتمام پایان نامه: آبان ۱۳۹۱
<p style="text-align: right;"><b>چکیده:</b></p> <p>هدف از نگارش این پایان نامه بررسی ماهیت عقد استصناع در فقه و حقوق شیعه و اهل سنت بارویکردی برآراء امام خمینی (س) می‌باشد که در دو فصل و ۷ گفتار به رشته تحریر در آمده است. فصل اول شامل سه گفتار است که به بررسی عمومات عقود، شرایط اساسی صحّت هر معامله و تعریف عقد استصناع می‌پردازد. جامع‌ترین تعریف از این عقد این است که سفارش ساخت به قراردادی بین دو شخص حقیقی یا حقوقی اطلاق می‌شود که برای تولید کالایی خاص یا احداث طرحی در آینده بسته می‌شود و قیمت آن نیز در زمان یا زمان‌های توافق شده به صورت نقد یا اقساط پرداخت خواهد شد. با تعریف فوق دامنه این عقد بسیار گسترده خواهد شد و قراردادهایی که برای ساخت خانه، فرش، خودرو، احداث شرکت‌های بزرگ، مجموعه‌های صنعتی و پروژه‌های کلان منعقد می‌شود را در هم می‌تواند در برگیرد. فصل دوم نیز ۴ گفتار دارد که متشکل از بررسی عقد استصناع به عنوان عقد مستقل یا عقد غیر مستقل است، بیان دیدگاه‌های فقها و حقوقدانان و ذکر کاربردهای مختصر این عقد در جامعه است. در میان فقهای متقدم شیخ طوسی این عقد را در زمره‌ی عقود معدوم دانسته و آن را رد کرده است و ابن حمزه و ابن سعید حلی نیز آن را عقدی صحیح اما جایز می‌دانند. لکن فقها و حقوقدانان معاصر ادله‌ی شیخ طوسی را رد کرده و استصناع را عقد مجهولی نمی‌دانند چرا که هنگام انعقاد قرارداد لازم است تمام خصوصیات این عقد به صورت جزئی ذکر شود.</p>

حضرت امام نیز درباب این عقد سخنی نفرموده اند اما از آنجا که عنصر زمان و مکان را در اجتهاد قبول داشته‌اند میتوان گفت این قرارداد نیز مورد تایید ایشان است

اهل سنت نظرات گسترده تری نسبت به شیعه در باب تایید این عقد دارند که از این میان حنفیه کامل‌ترین نظر را داراست زیرا استصناع را عقدی مستقل می‌داند.

از آنجا که در کتب فقهی و روایی ادله‌ی خاصی برای صحت این عقد وجود ندارد، مشروعیت این عقد با استفاده از آیه اوفوا بالعقود، تجاره عن تراض، و روایت المسلمون عند شروطهم تایید می‌شود. همچنین عرف مردم و بنای عقلا نیز مؤید این عقد است.

البته اگر کسی این عقد را در زمره‌ی یکی از عقود معین مانند بیع و اجاره بداند ادله‌ی صحت و لزوم آن عقد برای استصناع نیز کافی است.

**کلمات کلیدی:** عقد، عقد بیع، عقد استصناع، استصناع موازی، بیع سلف، بیع کالی به کالی

## الخلاصه

معهد الإمام الخميني والثوره الإسلاميه

الدرجه العلميه: ماجستير
الفرع الدراسي: الفقه ومبادئ القانون الإسلامى
العنوان: دراسه هويه و ادله على الصحه و الضروره عقد الاستصناع فى الفقه و القانون بنظره إلى آراء الإمام الخمينى (س)
اسم الطالبه: سمانه صمدى
الأستاذ المشرف: الدكتور السيد جمشيد جعفر بور
الأستاذ المساعد: سماحه آيه الله السيد محمد الموسوى البجنوردى
موعد البدء: محرم الحرام ١٤٣٣
موعد الانتهاء: ذى الحجه الحرام ١٤٣٣
<b>الخلاصه :</b> الهدف من تأليف هذه الرساله هو دراسه هويه عقد الاستصناع فى فقه و قانون الشيعه و أهل السنه بنظره إلى آراء الإمام الخمينى حيث تم تأليفها فى فصلين و سبعة أجزاء. يشتمل الفصل الأول على ثلاثه أجزاء و يدرس النقاط العامه للعقود و الشروط الأساسيه لصحه آيه صفقه و تعريف عقد الاستصناع. أشمل التعريف لهذا العقد هو إطلاق طلب الإنتاج على عقد مبرم بين شخصين طبيعيين أو اعتباريين حيث يبرم لإنتاج بضائع خاصه أو إنشاء مشروع فى المستقبل و ستدفع قيمتها أيضا فى موعد أ مواعيد محددته نقديا أو عبر أقساط. و بالتعريف المذكور أعلاه يسهل إطار هذا العقد كثيرا و بإمكانه الاشتمال على العقود المبرمه لإنشاء السكن و إنتاج السجاد و السياره و إنشاء شركات كبيره و مجموعات صناعيه و مشاريع شامله أيضا. و يشتمل الفصل الثانى على اربعة أجزاء و قد تكون من دراسه عقد الاستصناع كعقد مستقل أو غير مستقل و يبين هذا الفصل وجهات نظر الفقهاء و الحقوقيين و يذكر حالات ملخصه لاستخدام هذا العقد فى المجتمع. و بين الفقهاء المتقدمين قد اعتبر الشيخ الطوسى هذا العقد فى زمره العقود المعدومه و قد رده و أما ابن حمزه و ابن سعيد الحلّى فاعتبراه عقدا صحيحا و لكن جائزا. و لكن الفقهاء و القانونيون المعاصرون قد ردوا أدله الشيخ الطوسى و لا يعتبرون الاستصناع عقدا مجهولا لأنه من اللازم ذكر كافه ميزات هذا العقد بالتفاصيل عند إبرامه.

هذا و لم يقل الإمام الخميني أيضا نقطه في هذا المجال و لكن بما أن الإمام الخميني كان يقبل عنصر الزمان و المكان في الاجتهاد يمكن القول إن هذا العقد كان مقبولا عنده.

و يعتقد أهل السنه بوجهات نظر أوسع عند القياس مع الشيعة حول تصديق هذا العقد حيث يعتقد المذهب الحنفي بأكمل وجهه نظر في هذا المجال لأنه يعتبر الاستصناع عقدا مستقلا.

و بما أنه لا يوجد أدله خاصه لصحة هذا العقد في الكتب الفقهي و الرواياه إذن يتم تصديق شرعيه هذا العقد باستخدام آيه "أوفوا بالعقود" و "تجاره عن تراض" و روايه "المسلون عند شروطهم"

كما يؤيد عرف الناس و اعتقاد العقلاء هذا العقد.

و لكن إذا كان شخص يعتقد أن هذا العقد في زمره إحدى العقود المعينه مثل البيع و الإيجار يكفي أدله صحه و لزوم ذلك العقد للاستصناع أيضا.

**المفردات الرئيسيه:** العقد، عقد البيع، عقد الاستصناع، الاستصناع الموازي، البيع بالسلف و البيع بالمقايضه.



## فهرست اجمالی

فصل ۱: کلیات.....	۶
گفتار ۱: بررسی عمومات عقود.....	۸
گفتار ۲: شرایط اساسی صحت معاملات.....	۲۰
گفتار ۳: تعاریف.....	۵۱
فصل ۲: بررسی قرارداد استصناع.....	۵۴
گفتار ۱: بررسی عقد استصناع به عنوان قراردادی مستقل.....	۵۵
گفتار ۲: بررسی دیدگاه های فقهی حقوقی پیرامون عقد استصناع.....	۸۷
گفتار ۳: بررسی عقد استصناع به عنوان قراردادی غیر مستقل.....	۱۰۹
گفتار ۴: بیان مختصر کاربردهای عقد استصناع در جامعه.....	۱۳۹

## فهرست تفصیلی

مقدمه	۱
طرح مسأله	۱
اهمیت موضوع	۲
سابقه تحقیق	۳
سوالات اصلی و فرعی	۴
روش تحقیق	۴
تقسیم مطالب	۴
فصل ۱: کلیات	۶
۱-۱ بررسی عموماً عقود	۸
۱-۱-۱ عقود تاسیسی و امضایی	۸
۱-۱-۲ اصل اباحه	۱۰
۱-۱-۳ اصل آزادی قراردادها	۱۳
۲-۱ شرایط اساسی صحت معاملات	۱۶
۱-۲-۱ قصد و رضای طرفین	۱۶
۲-۲-۱ کمال و اهلیت طرفین	۲۱
۳-۲-۱ معلوم بون موضوع و مورد معامله	۲۹
۱-۳-۲-۱ مالیت داشتن	۲۹
۲-۳-۲-۱ منفعت عقلانی و مشروع داشتن	۳۳
۳-۳-۲-۱ مبهم نبودن مورد معامله	۳۳
۴-۳-۲-۱ ملکیت مورد معامله	۳۸
۵-۳-۲-۱ مقدر بودن تسلیم مورد معامله	۴۰
۴-۲-۱ مشروعیت جهت معامله	۴۳
۳-۱ تعاریف	۴۵
۱-۳-۱ استصناع در لغت	۴۵
۲-۳-۱ استصناع در اصطلاح	۴۵
۳-۳-۱ جمع بندی تعاریف	۴۷

فصل ۲: بررسی قرارداد استصناع.....	۴۸
۱-۲ بررسی عقد استصناع به عنوان قراردادی مستقل.....	۴۹
۱-۱-۲ اثبات عقد بودن استصناع.....	۵۰
۱-۱-۲-۱ ایقاع.....	۵۰
۱-۱-۲-۲ عقد در لغت.....	۵۰
۱-۱-۲-۳ عقد در اصطلاح.....	۵۱
۱-۱-۲-۴ قرارداد.....	۵۲
۱-۱-۲-۵ رابطه ی عقد و قرارداد.....	۵۳
۱-۱-۲-۶ وعد.....	۵۳
۱-۱-۲-۷ تفاوت میان عقد و وعد.....	۵۴
۱-۱-۲-۸ وعد یا عقد بودن استصناع.....	۵۴
۱-۱-۲-۹ مبنای تحقق عقد استصناع.....	۵۵
۱-۱-۲-۱۰ وجه تمایز قرارداد استصناع با سایر عقود.....	۵۶
۱-۱-۲-۱۱ ارکان عقد استصناع.....	۵۷
۱-۱-۲-۱۲ طرفین قرارداد.....	۵۸
۱-۱-۲-۱۳ ایجاب و قبول.....	۵۸
۱-۱-۲-۱۴ موضوع.....	۵۸
۱-۱-۲-۱۵ ادله مشروعیت استصناع.....	۶۰
۱-۱-۲-۱۶ بررسی مشروعیت استصناع با کمک آیه اوفوا بالعقود.....	۶۰
۱-۱-۲-۱۷ اثبات مشروعیت استصناع با کمک آیه تجاره عن تراض.....	۶۱
۱-۱-۲-۱۸ اثبات مشروعیت استصناع با کمک قاعده المؤمنون عند شروطهم.....	۶۲
۱-۱-۲-۱۹ اثبات مشروعیت استصناع در عرف.....	۶۲
۱-۱-۲-۲۰ اثبات مشروعیت استصناع در سیره عقلا.....	۶۵
۱-۱-۲-۲۱ مبنای پذیرش استصناع به عنوان قراردادی مستقل.....	۶۶
۱-۱-۲-۲۲ نقش اصل آزادی قراردادها در اثبات جایگاه عقد استصناع.....	۶۶
۱-۱-۲-۲۳ نقش اصل اباحه در اثبات جایگاه عقد استصناع.....	۶۸
۱-۱-۲-۲۴ احکام عقد استصناع.....	۶۹
۱-۱-۲-۲۵ بررسی عقد لازم و جایز.....	۶۹
۱-۱-۲-۲۶ اثبات لزوم عقد استصناع به کمک آیه اوفوا بالعقود.....	۷۲
۱-۱-۲-۲۷ اثبات لزوم عقد استصناع به کمک اصله اللزوم.....	۷۳
۱-۱-۲-۲۸ شروط عقد استصناع.....	۷۴
۱-۱-۲-۲۹ معلوم بودن مورد معامله.....	۷۴

۷۶.....	۲-۸-۱-۲ چگونگی پرداخت ثمن.....
۷۶.....	۳-۸-۱-۲ معین بودن زمان تحویل کالا.....
۷۹.....	۲-۲ بررسی دیدگاه های فقهی حقوقی پیرامون عقد استصناع.....
۷۹.....	۱-۲-۲ در نظر فقهای متقدم امامیه.....
۷۹.....	۱-۱-۲-۲ رد استصناع.....
۷۹.....	۲-۱-۲-۲ پاسخ به دیدگاه شیخ طوسی.....
۸۱.....	۳-۱-۲-۲ تایید استصناع.....
۸۲.....	۲-۲-۲ استصناع در نظر فقهای متأخر امامیه.....
۸۵.....	۳-۲-۲ در میان فقهای اهل سنت.....
۸۵.....	۱-۳-۲-۲ استصناع در نظر مالکی ها.....
۸۵.....	۲-۳-۲-۲ استصناع در نظر شافعی ها.....
۸۶.....	۳-۳-۲-۲ استصناع در نظر حنبلی ها.....
۸۶.....	۴-۳-۲-۲ استصناع در نظر حنفی ها.....
۸۹.....	۴-۲-۲ جایگاه استصناع در حقوق ایران.....
۸۹.....	۱-۴-۲-۲ انواع عقد استصناع.....
۹۱.....	۲-۴-۲-۲ رابطه استصناع و پیش فروش آپارتمان.....
۹۳.....	۳-۴-۲-۲ رابطه استصناع و قرارداد مقاطعه کاری.....
۹۴.....	۵-۲-۲ جایگاه استصناع در نظر حقوقدانان اهل سنت (حقوق حنفی).....
۹۴.....	۱-۵-۲-۲ در دیدگاه سنهوری.....
۹۶.....	۲-۵-۲-۲ در مجله الاحکام العدلیه.....
۹۹.....	۳-۵-۲-۲ در دیدگاه محمصانی.....
۱۰۰.....	۳-۲ بررسی عقد استصناع به عنوان عقد غیر مستقل.....
۱۰۰.....	۱-۳-۲ اجاره.....
۱۰۵.....	۲-۳-۲ جعاله.....
۱۰۹.....	۳-۳-۲ بیع.....
۱۱۲.....	۴-۳-۲ بیع سلف.....
۱۱۹.....	۵-۳-۲ قرارداد صلح.....
۱۲۰.....	۶-۳-۲ ترکیبی از چند عقد.....
۱۲۱.....	۱-۶-۳-۲ ترکیبی از وکالت و اجاره.....
۱۲۳.....	۲-۶-۳-۲ ترکیبی از بیع و اجاره.....
۱۲۵.....	۳-۶-۳-۲ ترکیبی از بیع و سلم.....
۱۲۵.....	۷-۳-۲ مقاوله (بیمانکاری).....

۴-۲	بیان مختصر کاربردهای عقد استصناع در جامعه	۱۲۸
۱-۴-۲	قانون استصناع در نظام بانکداری بدون ربا	۱۲۸
۲-۴-۲	نحوه عملکرد بانک در قرارداد استصناع	۱۳۲
۳-۴-۲	اوراق استصناع	۱۳۴
۱-۳-۴-۲	ویژگی‌های اوراق استصناع	۱۳۵
۲-۳-۴-۲	مدل‌های عملیاتی اوراق استصناع	۱۳۵
	نتیجه‌گیری	۱۳۹
	فهرست منابع	۱۴۲

## مقدمه

### طرح مسأله

بشر از دیر باز تا کنون روش های گوناگونی برای داد و ستد داشته است؛ یکی از این روشها سفارش ساخت کالا است که از گذشته در معاملات مورد توجه قرار گرفته و قراردادهایی که در قالب سفارش ساخت کفش، انگشتر، ظروف مسی و امثال آن منعقد می شدند، ناظر به همین مطلب است، هرچند در گذشته نیازها محدود و کالاها معدود بودند اما امروزه پروژه های بسیاری در سطح بین المللی انجام می شود و به همین علت این قرارداد کاربردهای بسیار گسترده تری پیدا کرده است؛ هم چنانکه در معاملات بزرگی مانند پیمان کاریها و سفارشات ساخت ابزار و قطعات کشتی و هواپیما و خط های انتقال نفت و گاز یا سفارشات آثار فکری مانند تولید فیلمنامه و نوشتن کتاب مورد استفاده قرار می گیرد.

تعریفی اصطلاحی که محققان برای این قرارداد کرده اند این است که سفارش ساخت به قراردادی بین دو شخص حقیقی یا حقوقی اطلاق می شود که برای تولید کالایی خاص یا احداث طرحی در آینده بسته شود و قیمت آن نیز در زمان یا زمان های توافق شده به صورت نقد یا اقساط پرداخت خواهد شد.

البته درباره اینکه ماهیت این قرارداد چیست بحثهای گوناگونی شده است، عده ای آن را عقدی مجزا و عده ای منطبق بر یکی از اقسام عقود سلم، اجاره، جعاله یا معاوضه (پیمانکاری) دانسته اند. این قرارداد در فقه شیعه و اهل سنت غالباً در ضمن بیع سلم یا اجاره مورد بررسی قرار گرفته، هرچند در شیعه کمتر به آن توجه شده و روایاتی هم در تایید یا رد آن یافت نمیشود و فقیه بزرگی مانند شیخ طوسی آن را مجهول دانسته و رد کرده است اما در بین مذاهب اهل سنت بیشتر به آن پرداخته شده است.

لکن از ادله ی مهمی که بر طبق آن این قرارداد مورد تایید علمای شیعه قرار گرفته و عقدی لازم است، عمومیت آیه شریفه "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" و عرف و بنای عقلا می باشد و از آنجا که عرف و بنای عقلا از فطرت سرچشمه میگیرد اسلام نیز با امضای خود بر آن صحه میگذارد چرا که عرف عقلا دلیل و کاشف از حکم شرع است.

هم چنین استصناع امروزه در سیستم بانکداری بدون ربا نیز میتواند به عنوان یکی از ابزارهای تامین مالی مورد توجه قرار گیرد و بانک ها و موسسات اعتباری میتوانند طرح های خصوصی، دولتی و بخش عمومی را با استفاده از این عقد تامین مالی کرده و عهده دار واسطه-گری بین شرکت های بزرگ صاحبان صنایع شوند.

حال این تحقیق بر آن است تا دیدگاه عرف و شرع را در مورد این عقد مورد بررسی قرار داده و به این سوال پاسخ دهد که ماهیت و ادله صحت و لزوم بیع استصناع در فقه و حقوق با محوریت آراء امام خمینی (س) چیست؟

البته حضرت امام به طور مستقیم در باب این عقد سخنی نگفته‌اند اما چون عنصر زمان و مکان را در اجتهاد قبول داشته‌اند میتوان گفت این قرار داد نیز مورد تایید ایشان است، از سویی دیگر از آنجا که در بررسی ها استصناع با عقود مشابه خود مقایسه میشود نظرات امام خمینی (ره) در این عقود مورد توجه است، به عنوان نمونه یکی از این عقود جعاله است که برخی استصناع را مصداقی از جعاله میدانند. امام خمینی در باب جعاله می‌فرمایند: جعاله التزام به عوض معلومی در قبال انجام عمل حلالی است که مقصود عقلا است یا این‌که انشاء التزام به عوض معلوم است یا قراردادن عوض معلومی بر عمل مشخص است و امر آسان است.

با توجه به اینکه حضرت امام جعاله را ایقاع میدانند می‌توان استصناع را در چارچوب جعاله خاص که عامل آن معین است قرار داد، یعنی شخص حقیقی یا حقوقی به پیمان‌کار معینی اعم از فرد یا مؤسسه، پیشنهاد دهد که هرگاه فلان طرح مشخص را با ویژگی‌های معینی اجرا کند، مبلغ مشخصی را در زمان‌بندی خاص به او خواهد داد. در این صورت، فرد حقیقی یا حقوقی، پس از انجام کار، مبلغ اعلام شده را از جاعل مطالبه می‌کند، در استصناع هم همین اتفاق می‌افتد.

#### اهمیت موضوع

با گسترش ارتباطات جوامع بشری و نیاز افراد حقیقی یا حقوقی به کالاها یا ابزارهای که به صورت آماده وجود ندارند اشخاص ناگزیر به مراجعه به صاحبان مشاغل میشوند و در نتیجه‌ی این مراجعات روابط حقوقی جدیدی تعریف خواهد شد که قرارداد سفارش کالا از جمله آنهاست.

این عقد در بین عقود دیگر به جهت کثرت مصادیق دارای جایگاه ویژه‌ای از نظر گستره و محدوده است. چرا که به جهت عدم حصول همه تولیدات برای مصرف‌کنندگان و یا منطبق نبودن محصولات با ذوق و سلیقه ایشان به همراه توقع درکسب کالای مرغوب و بادوام، مصرف‌کننده به جانب سفارش ساخت کالا با اوصافی که مدنظر وی است سوق پیدا می‌کند.

علاوه بر آن از این عقد به عنوان یکی از ابزارهای تأمین مالی در سیستم بانکداری بدون ربا استفاده می‌شود حال خود بانک ممکن است سفارش دهنده باشد یا سفارش ساخت را بپذیرد که در هر دو صورت سرمایه‌گذاری را بانک انجام می‌دهد.

وهم چنین از آنجا که یکی از کاربردهای مهم این عقد بستن قراردادهایی در صنایع کشتی سازی و امثال آن است؛ میتوان گفت اهمیت آن ازین جهت است که نقش بزرگی در توسعه زیرساخت‌های اقتصادی یک کشور دارد.

#### سابقه تحقیق

بررسی موضوع قرارداد سفارش ساخت کالا در فقه شیعه سابقه ی طولانی ندارد؛ شیخ طوسی به دلیل اجماع فقها بر بطلان بیع مجهول، آن را باطل دانسته است؛ البته از آنجا که محققین بیع استصناع را معامله مجهول نمیدانند وصحت عقد استصناع را مستلزم مشخص بودن صفات کالای مورد سفارش میدانند، آراء ایشان را رد کرده اند.

از دیگر فقهایی که این بیع را مورد بررسی قرار داده‌اند ابن سعید و ابن حمزه هستند که آن را عقدی صحیح اما جایز دانسته اند.

در میان فقهای معاصر نیز مراجع معظم تقلید و چندتن از مجتهدین بزرگوار از جمله استاد معظم حضرت آیت الله بجنوردی نظراتی در باب این عقد بیان فرموده اند.

اما در فقه اهل سنت این موضوع از پیشینه و گستره طولانی تری برخوردار است. مالکی‌ها آن را به عنوان عقد مستقل نمی‌پذیرند بلکه زیر مجموعه بیع سلم میدانند که باید تمام خصوصیات آن را داشته باشد از جمله تسلیم بها در مجلس عقد که قائلین به مستقل بودن این قرارداد آن را شرط نمی‌دانند.

اما حنبلی‌ها چنین بیعی را مشروع نمی‌دانند چرا که یکی از شرایط بیع این است که کالا را بتوان در هنگام عقد تحویل داد و معدوم نباشد در غیر این صورت آن بیع جایز نیست و بیع کالایی که شبیه معدوم است نیز جایز نمی‌باشد.

شافعی‌ها نیز آن را به عنوان معامله ای مستقل نمی‌پذیرند پس به عقیده ایشان استصناع را باید در قالب سلم انجام داد.

حنفی‌ها نیز معتقد اند استصناع از طریق قیاس با موارد مشروع قابل تصحیح نیست اما با استفاده از استحسان میتوان آن را پذیرفت زیرا در تمامی دوره ها امری رایج بوده و کسی منکر آن نشده است؛ لذا همین اجماع برای صحت آن کفایت لکن نمیتوان از قیاس استفاده کرد و مصادیق آن را به کالاهای دیگر هم تسری داد بلکه محدود به کالاهایی است که در جامعه متعارف است.

اما موردی که این پژوهش قصد بررسی آن را دارد علاوه بر بررسی موارد فوق به صورت کاملتر، بررسی نظرات مستقیم یا غیرمستقیم حضرت امام خمینی (س) پیرامون این بحث و مسائل مرتبط با آن است.



## سوالات اصلی و فرعی

سوالاتی که این پژوهش در نهایت قصد پاسخ به آنها را دارد شامل اسوال اصلی و اسوال فرعی است که به شرح زیر می‌باشند:

سوال اصلی:

ماهیت و ادله صحت و لزوم بیع استصناع در فقه و حقوق با محوریت آراء امام خمینی چیست؟

سوالات فرعی:

- استصناع عقد است یا ایقاع؟

- استصناع در دیدگاه فقهای شیعه چه جایگاهی دارد؟

- فقهای اهل سنت در رابطه با بیع استصناع چه دیدگاهی دارند؟

- شباهت‌ها و تفاوت‌های استصناع با عقود مشابهش در چیست؟

- کاربردهای بیع استصناع در جامعه چیست؟

روش تحقیق

در تدوین این تحقیق از روش کتابخانه‌ای استفاده شده و از ابزارهای گوناگون جمع‌آوری اطلاعات اعم از کتب، مقالات، پایان‌نامه‌ها و پایگاه‌های اینترنتی بهره‌جستیم.

تقسیم مطالب

در این پایان‌نامه مطالب را به دو فصل تقسیم بندی کردیم.

در فصل اول به کلیات پرداخته و عمومات عقود از جمله عقود تأسیسی و امضایی، اصل اباحه، و اصل آزادی قراردادها را بررسی نمودیم. توجه به این موارد از این جهت است که برای اثبات عقد استصناع ادله خاص وجود ندارد، در نتیجه با کمک موارد فوق می‌توان استصناع و هر عقد دیگری را که مخالف عقل و شرع نباشد اثبات نمود.

هم‌چنین در بخش بعدی این فصل به بررسی شرایط اساسی صحّت هر معامله که عقد استصناع نیز از این شرایط مستثنی نیست پرداخته‌ایم. البته اگر کسی استصناع را به عنوان یکی از عقود معین مثل عقد بیع بپذیرد باید علاوه بر اثبات شرایط اساسی صحّت معاملات، شرایط خاص آن عقد را نیز در قرارداد سفارش ساخت رعایت نماید.

در آخرین گفتار این فصل نیز استصناع را از نظر لغوی و اصطلاحی تعریف کرده‌ایم.

فصل دوم به طور خاص به بررسی قرارداد استصناع اختصاص دارد.

در گفتار اول به بررسی عقد استصناع به عنوان قراردادی مستقل خواهیم پرداخت.

در نتیجه در ابتدا عقد بودن این قرارداد را اثبات نموده و آن را با ایقاع، قرارداد و وعد

مقایسه کرده‌ایم.

مبنای تحقق، ارکان این عقد و ادله مشروعیت آن موارد دیگری هستند که در این گفتار مورد توجه قرار گرفته‌اند.

این ادله شامل آیات "یا ایُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا اَوْفُوا بِالْعُقُودِ" و "یا ایُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا اَمْوَالَكُم بَیْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ اِلَّا اَنْ تَكُوْنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ" ، قاعده المؤمنون عند شروطهم، عرف و سیره عقلا هستند.

هم‌چنین اصل آزادی قراردادها و اصل اباحه نیز نقش پررنگی در اثبات این عقد دارند که در بخش بعدی بررسی شده‌اند.

احکام و شروط این عقد نیز دو بخش آخر این گفتار هستند.

گفتار بعدی بررسی دیدگاه‌های فقهی حقوقی شیعه و اهل سنت در باب این عقد است که به بررسی نظرات فقهای متقدم و متأخر شیعه پرداخته است.

البته در میان فقهای متقدم تنها شیخ طوسی، ابن سعید حلی و ابن حمزه طوسی به این عقد پرداخته‌اند و فقهای متأخر نیز در قالب یک استفتاء که شامل تعدادی سوال است به بیان نظرات خود در مورد این عقد پرداخته‌اند.

برای بررسی نظرات اهل سنت هم نظرات فقهای ۴ مذهب اصلی ایشان را مطرح کرده‌ایم.

نظرات حقوقدانان ایران و اهل سنت نیز در این خصوص مورد توجه قرار گرفته است.

در گفتار بعدی عقد استصناع را به عنوان زیر مجموعه یکی از عقود بیع، اجاره، جعاله، بیع سلف و صلح و مقاوله بررسی نموده‌ایم.

گفتار آخر نیز در زمینه بیان قانون استصناع و بررسی نقش این عقد در نظام بانکداری بدون ربا است.

# فصل ۱

## کلیات

این فصل شامل عمومات عقود من جمله عقود امضایی و تأسیسی، اصل آزادی قراردادهای و اصل اباحه می‌باشد

هدف از بررسی عمومات عقود نشان دادن یکسری اصول و مبانی یکسان است که در همه عقود اعم از معین و نامعین لحاظ می‌شود. و از عمومات عقود می‌توان درجایی که دلیل و نصّ خاصی برای اثبات مطلبی وجود ندارد استفاده کرد.

از این میان اصل اباحه و اصل آزادی قراردادهای جایگاه ویژه‌ای در اثبات عقود غیر معین دارند، علاوه بر آن عقود تأسیسی و امضایی نیز از این جهت مورد توجه ما قرار گرفته است که اثبات نمائیم معاملات در زمره عقود امضایی هستند و لهذا عقود و قراردادهایی که نوع افراد در میان خود می‌بندند لزوماً نباید در شرع مقدس و قانون ذکر شده باشد و اگر شرایط کلی را داشته باشد می‌تواند مورد استفاده قرارگیرد.

شرایط اساسی صحت معاملات نیز شروطی است که وجود آنها در هر قراردادی شرط درستی عقود خواهد بود، عقد استصناع نیز از این قاعده مستثنی نخواهد بود. لذا در گفتار بعد به بررسی این موارد پرداخته ایم و در نهایت عقد استصناع را از نظر لغوی و اصطلاحی تعریف کرده‌ایم.