



مجتمع آموزش عالی فقه
مدرسه عالی فقه و اصول
رساله علمی سطح چهار رشته فقه و اصول

ماهیت عقد استنناع و احکام آن در مذاهب اسلامی

استاد راهنما:

حجت الاسلام و المسلمین آقای مجید رضایی

استاد مشاور:

حجت الاسلام و المسلمین آقای جواد مجتهدی شبستری

طلبه:

منتظر مهدی

تیر ماه ۱۳۹۵

چکیده

قرارداد استصناع یا سفارش ساخت یکی از قرارداد هایی است که امروزه کاربرد بسیار گسترده ای دارد. در این قرارداد سفارش دهنده، سفارش ساخت کالا یا شیء معین را به سازنده می دهد و سازنده با مواد و لوازمی که خود تهیه می کند، آن را می سازد. ممکن است در هنگام سفارش، قیمت کالا پرداخت شود و ممکن است پس مدتی از سفارش یا حتی پس از اتمام ساخت و تحویل به سفارش دهنده پرداخت شود. همچنین ممکن است پرداخت به صورت اقساطی باشد. معمولاً سازنده با موادی که دارد یا تهیه می کند کالای مورد نظر را بر طبق اوصاف و شرایط می سازد اما ممکن است کالای سفارش شده را از قبل داشته باشد یا کالای مورد نظر را از بازار تهیه و تحویل سفارش دهنده بدهد.

ماهیت سفارش ساخت را به دو صورت می توان بررسی نمود. یکی منطبق نمودن عقد استصناع بر عقود معین و دیگری مطرح نمودن آن به عنوان عقد خاص و مستقل.

انطباق عقد استصناع بر عقود معین، مانند بیع، سلم، اجاره، جعاله و صلح با اشکالاتی مواجه است و هر یک به تنهایی نمی تواند تمامی مصادیق عقد استصناع را پوشش دهند. بنا بر این نظریه استقلال سفارش ساخت و عقد خاص بودن آن مطرح می شود. در این رساله عقد استصناع به عنوان عقدی خاص و مستقل شناخته شده و ادله ای برای آن ارائه شده است.

در مورد صحت عقد استصناع هم برخی از فقهای امامیه به تصحیح این عقد پرداخته و برخی نیز صحت این عقد را قبول ندارند. این رساله دیدگاه اول یعنی صحت عقد استصناع را تقویت نموده و بر این باور است که با توجه به معانی و مفهوم عقد که تعهد متقابلی بین طرفین معامله است به گونه ای که آن دو نسبت به هم عهده دار پیمانی متقابل می شوند و با عنایت به ماهیت معاملاتی که در چهارچوب استصناع در بازار منعقد می شود، قرارداد استصناع، عقد است، می توان برای مشروعیت این عقد به اطلاقات و عمومات استناد کرد. این عقد علاوه بر صحت از لزوم نیز برخوردار است. همچنین این عقد از شرایط و احکامی خاصی برخوردار است. قرارداد استصناع امروزه کاربردهای فراوانی پیدا نموده و از سطح نیازهای فردی فراتر رفته و در زمینه های مالی، بانکداری اسلامی و انجام پروژه های بزرگ مورد استفاده قرار می گیرد.

واژگان کلیدی: عقد استصناع، سفارش ساخت، فقه مقارن، عقود معین، عقود نامعین، عقد مستقل.

تقدیر و تشکر

من لم یشکرالمخلوق لم یشکر الخالق

من خداوند متعال را سپاس می گویم که توفیق نگارش این رساله فراهم گردید. امیدوارم مطالبی که در این رساله نوشته شده است مرضی حق تعالی قراربگیرد. زیرا هر چه هست از او است. بدون تردید اگرهدایت های مستمراساتید ارجمندم نبود هرگز ساختار این رساله به این خوبی در نمی آمد. از این رو بنده وظیفه حتمی خود می دانم که از استاد محترم راهنما حجة الاسلام والمسلمین جناب آقای مجید رضائی(دام عزه) و استاد محترم مشاورحجة الاسلام والمسلمین جناب آقای جواد مجتهد شبستری (دام عزه) از صمیم قلب تشکروقدردانی نمایم و برای ایشان توفیقات روزافزون و سعادت دنیا و آخرت از خداوند منان مسئلت نمایم. زیرا این دو بزرگوار باصبروحوصله در تدوین این رساله کمک کردند و از رهنمودهای خویش مرا بهره مند ساختند. همچنین بر خود لازم می دانم که از اساتید محترم داور بخاطر اصلاحات و راهنمای های شان کمال تشکر کنم. همچنین از تمام کسانی که در این امر مهم بنده را یاری کردند بویژه خانواده محترم.

تقدیم به

ساحت مقدس سرورعالمیان، پیامبر رحمت نبی
مکرم اسلام حضرت محمد مصطفی صلی الله
علیه وآله وسلم وجانشین برحق ایشان حضرت
امام صادق علیه السلام موسس فقه جعفری.

فهرست اجمالی

مقدمه ۱

فصل اول: مفاهیم و کلیات

گفتار اول: مفاهیم ۷

گفتار دوم: کلیات (اصول و معیارهای کلی معاملات) ۱۳

فصل دوم: ماهیت عقد استصناع از نظر مذاهب اسلامی

گفتار اول: وعده یا عقد بودن استصناع ۴۸

گفتار دوم: مقایسه عقد استصناع با سایر عقود از نظر مذاهب اسلامی ۵۶

گفتار سوم: امکان استقلال عقد استصناع از نظر مذاهب اسلامی ۷۰

فصل سوم: مشروعیت عقد استصناع از نظر مذاهب اسلامی

گفتار اول: دیدگاه فقهای امامیه ۸۱

گفتار دوم: دیدگاه مذاهب اهل سنت ۱۰۲

فصل چهارم: شرایط و احکام عقد استصناع

گفتار اول: شرایط عقد استصناع ۱۱۸

گفتار دوم: احکام عقد استصناع ۱۵۱

نتیجه گیری ۱۷۴

فهرست منابع ۱۷۷

پیوست ۱ الف

کاربرد عقد استصناع ب

پیوست ۲ ج

اوراق بهادار استصناع د

فهرست تفصیلی مطالب

۱	مقدمه
۳	تعریف مسئله
۳	سوال اصلی
۳	سوال های فرعی تحقیق
۴	سابقه و ضرورت تحقیق
۴	فرضیه های تحقیق
۴	هدف تحقیق
۵	روش تحقیق
۵	روش گردآوری
۵	قلمرو تحقیق

فصل اول: مفاهیم و کلیات

۷	گفتار اول: مفاهیم
۷	معنای لغوی عقد
۸	معنای اصطلاحی عقد
۹	معنای لغوی وعده
۱۰	معنای اصطلاحی وعده
۱۰	معنای لغوی استصناع
۱۱	معنای اصطلاحی استصناع
۱۳	گفتار دوم: کلیات (اصول و معیارهای کلی معاملات)
۱۳	مبحث اول: احکام تاسیسی و امضایی
۱۵	عرف و قلمرو آن
۱۷	مبحث دوم: عقلایی بودن مورد عقد
۱۹	اصل اولی در معاملات عقود
۲۲	خروج از اصل اولی

۲۲	مبحث سوم: اصل صحت در عقود.....
۲۳	بررسی ادله صحت عقود.....
۲۴	دلیل اول: آیه شریفه (اوفوا بالعقود).....
۲۷	دلیل دوم: آیه شریفه «... تجارة عن تراض».....
۳۰	دلیل سوم: حدیث «المؤمنون عند شروطهم».....
۴۰	دلیل چهارم: حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم».....
۴۱	مبحث چهارم: اصل آزادی قراردادها.....
۴۳	ادله بر صحت عقود مستحدث (اصل آزادی قراردادها).....

فصل دوم: ماهیت عقد استصناع از نظر مذاهب اسلامی

۴۸	گفتار اول: وعده یا عقد بودن استصناع.....
۴۸	مبحث اول: وعده یا عقد بودن استصناع و ادله آن از نظر فقهای امامیه.....
۵۰	مبحث دوم: وعده یا عقد بودن استصناع و ادله آن از نظر فقهای اهل سنت.....
۵۱	الف: ادله قائلین به وعده بودن استصناع.....
۵۱	دلیل اول.....
۵۱	دلیل دوم.....
۵۱	دلیل سوم.....
۵۲	دلیل چهارم.....
۵۲	اشکالات بر این ادله.....
۵۲	اشکال بر دلیل اول و دوم.....
۵۲	اشکال بر دلیل سوم.....
۵۳	اشکال بر دلیل چهارم.....
۵۵	ب: ادله قائلین به عقد بودن استصناع.....
۵۵	دلیل اول.....
۵۶	دلیل دوم.....
۵۶	دلیل سوم.....
۵۶	دلیل چهارم.....

- گفتار دوم: مقایسه عقد استصناع با سایر عقود از نظر مذاهب اسلامی ۵۶
- مبحث اول: عقد استصناع و عقد سلم ۵۸
- مبحث دوم: عقد استصناع و عقد اجاره ۶۲
- مبحث سوم: عقد استصناع و عقد جعاله ۶۵
- مبحث چهارم: عقد استصناع و عقد صلح ۶۸
- گفتار سوم: امکان استقلال عقد استصناع از نظر مذاهب اسلامی ۷۰
- مبحث اول: دیدگاه فقهای شیعه ۷۱
- مبحث دوم: دیدگاه فقهای اهل سنت ۷۶
- بررسی دیدگاه علمای حنفی ۷۷

فصل سوم: مشروعیت عقد استصناع از نظر مذاهب اسلامی

- گفتار اول: دیدگاه فقهای امامیه ۸۱
- مبحث اول: دیدگاه فقهای امامیه متقدم ۸۱
- الف: دیدگاه شیخ طوسی و بررسی آن ۸۱
- دلیل اول و بررسی آن ۸۲
- توجیه دلیل اول شیخ طوسی ۸۴
- دلیل دوم و بررسی آن ۸۴
- ب: دیدگاه ابن حمزه و ابن سعید و بررسی آن ۸۶
- مبحث دوم: دیدگاه فقهای معاصر ۸۷
- الف: دیدگاه آیت الله مومن و بررسی آن ۸۷
- ب: دیدگاه آیت الله هاشمی شاهرودی و بررسی آن ۹۴
- ج: دیدگاه آیت الله تسخیری و بررسی آن ۹۶
- د: دیدگاه آیت الله موسوی بجنوردی و بررسی آن ۹۷
- مبحث سوم: فتاوی مراجع تقلید شیعه ۹۹
- گفتار دوم: دیدگاه مذاهب اهل سنت ۱۰۲
- مبحث اول: دیدگاه مذهب حنفی و ادله آن ۱۰۲

- ۱۰۳..... دلیل اول: سنت رسول الله ﷺ
- ۱۰۸..... دلیل دوم: اجماع عملی
- ۱۰۹..... دلیل سوم: استحسان
- ۱۱۳..... مبحث دوم: دیدگاه سایر مذاهب اهل سنت
- ۱۱۳..... ۱. دیدگاه مذهب مالکی
- ۱۱۳..... ۲. دیدگاه مذهب شافعی
- ۱۱۴..... ۳. دیدگاه مذهب حنبلی

فصل چهارم: شرایط و احکام عقد استصناع

- ۱۱۸..... گفتار اول: شرایط عقد استصناع
- ۱۱۹..... مبحث اول: شرایط متعاقدين
- ۱۲۴..... عقد استصناع و شرایط متعاقدين
- ۱۲۵..... مبحث دوم: شرایط عوضين
- ۱۴۵..... شرایط عوضين و عقد استصناع
- ۱۴۸..... مبحث سوم: ویژگی های خاص عقد استصناع
- ۱۴۸..... الف: عقد عهدي
- ۱۴۸..... ب: مورد معامله
- ۱۴۹..... ج: تعیین مدت
- ۱۵۰..... د: اجرای قرارداد
- ۱۵۱..... ز: شروط ضمن عقد
- ۱۵۱..... و: حق حبس
- ۱۵۱..... گفتار دوم: احکام عقد استصناع
- ۱۵۲..... مبحث اول: لزوم یا جواز عقد استصناع
- ۱۵۲..... دیدگاه فقهای شیعه
- ۱۵۴..... دیدگاه اهل سنت و بررسی آن
- ۱۵۹..... مبحث دوم: جریان یا عدم جریان خیرات در عقد استصناع

۱۶۰.....	خيارات عقلایی (خيارات عام و مشترك)
۱۶۳.....	مبحث سوم: حکم تلف قبل از قبض
۱۶۴.....	عقد استصناع و قاعده حکم تلف قبل از قبض
۱۶۵.....	مبحث چهارم: قبض و تسليم
۱۷۰.....	عقد استصناع و قبض و تسليم
۱۷۴.....	نتیجه گیری
۱۷۷.....	فهرست منابع
الف.....	پیوست ۱
ب.....	کاربرد عقد استصناع
ش.....	پیوست ۲
د.....	اوراق بهادار استصناع

مقدمه

احکام و قوانین اسلام در یک تقسیم‌بندی کلی به دو دسته اصلی تقسیم می‌شود:

۱. احکام عبادی که عموماً به رابطه فرد با خداوند باز می‌گردد و اصولاً نیازمند قصد قربت می‌باشد.
۲. احکام اجتماعی و معاملات که شامل روابط اجتماعی است مثل نکاح، صلہ ارحام، اکرم والدین ... و یا مربوط به مسائل تجاری و اقتصادی مثل بیع، اجاره، ربا و... و دریک گروه احکام و قوانین مدنی و کیفری، عموماً این احکام جهت تقسیم بندی حقوق و تکالیف در رابطه بین افراد و تعیین نحوه تعامل میان آنهاست، از گذشته تا امروز در مورد مسائل و احکام شریعت در میان مسلمانان برداشت‌های متفاوتی وجود داشته و دارد و گروهی معتقدند اسلام قابل انطباق با هر عصر و زمانی است. گروهی معتقدند اسلام جاودانه و احکام الهی قابل تغییر نیست.

گروه اول معتقدند احکام اسلام پاسخگوی نیازهای هر عصر و دوره‌ای است با توجه به این دو

موضوع پرسشی پیش می‌آید که جمع بین ثبات شریعت و تغییر احکام چگونه ممکن خواهد بود؟ پاسخ این پرسش به عهده اجتهاد پویا و متحولی است که بر اساس مبانی و احکام ثابت شریعت شکل گرفته است از نظر معتقدان به این نحوه از اجتهاد، وظیفه دین تنها پرداختن به مسائل اخروی نیست، بلکه همانطور که بخش عمده تعالیم و مقررات دین برای اداره زندگی بشر فرو فرستاده شده و وظیفه عمده آن نیز پاسخگویی به نیازهای بشر در هر دوره تاریخ است این گروه معتقد است که دین استعداد آن را دارد که احکام متناسب با هدف‌های اصلی آفرینش و همسو با خلقت را در جامعه متمدن ارائه دهد .

یکی از عوامل تحول اجتهاد توجه به بنیان عقلایی و عرفی در مسائل اجتماعی است. پیشرفت اجتماعی و پیچیده شدن روابط آن باعث ظهور انواع ارتباطات و تأسیسات حقوقی متفاوت و جدید و ژرف شدن انواع پیشین آن گردیده است .

ارتباطات و تأسیساتی که مناسب با شرایط هر دوره برای رفع نیازهای بشر جامعه در سطح و ژرف گسترش می‌یابد. بررسی مواجهه ادیان و شرایع با این عرف‌ها و بنیان عقلانی نشان می‌دهد که با توجه به سرچشمه‌های (فطری و عقلی) آنها که مورد تأیید شرع است، شرع با تأیید و امضاء خود درستی آنها را اعلام می‌دارد .

اسلام هم در برخورد با عرف‌های زمان خود- جزء آن‌ها که اشتباه و غیر منطبق با بنیان‌های عقلانی بوده‌اند- آن‌ها امضاء و تأیید کرد و هم آن چرا که در آینده و در سطح جهانی با عرف عقلا منطبق می‌باشد تأیید و امضاء می‌کند. چون عرف عقلا بعنوان دلیل و کاشف از حکم شرعی است و می‌تواند نقش مهمی در تحول و به روز کردن فقه داشته باشد.

اسلام علل اصول انواع و اقسام عرف‌های تجاری و معقول را تأیید کرد و تنها برخی را که ظالمانه و غیر منصفانه بود حرام و باطل اعلام نمود همچون معاملاتی را که غیر عقلانی و مبتنی بر شانس و تصادف بود و منجر به غرور می‌شد، حرام اعلام کرد. چرا که این نوع معاملات باعث ایجاد دشمنی و کینه و نزاع می‌شد، من جمله این معاملات می‌توان بیع ملاسمه، بیع الحصاء، بیع حبل الحبله و بیع عائض را نام برد. یکی از انواع معاملاتی که در همه جوامع مورد نیاز است و از آن استفاده می‌شود، عقد استصناع است.

در این رساله در ذیل چهار فصل مطالب را بیان کرده ام که در فصل اول مفاهیم و کلیات. در فصل دوم راجع به ماهیت عقد استصناع بحث شده است که در ذیل آن مقایسه بین عقد استصناع و عقود دیگرمانند بیع سلم، اجاره، جعاله و صلح و نظرات فقهای شیعه و اهل سنت به ویژه علمای حنفی مورد بررسی قرار گرفته است. و در آخر ثابت کرده ایم که عقد استصناع یک عقد مستقل است. در فصل سوم راجع به صحت و مشروعیت عقد استصناع یک بحث مفصلی انجام گرفته است که در آن نظریات فقهای متقدم شیعه و متاخرین آنها و همچنین نقطه نظرات فقهای اربعه اهل سنت هم مطرح شده است و در آخر نظریات فقهاء و مراجع عظام درباره عقد استصناع بیان شده است. در فصل چهارم درباره شرایط و احکام عقد استصناع بحث شده است که ابتداء شرایط عمومی معاملات مورد بررسی قرار گرفته است و ذیل آنها شرایط خصوصی عقد استصناع بیان کرده ایم. و در آخر این فصل راجع به احکام عقد استصناع بحث کرده ایم. در پایان نتیجه گیری را مطرح کرده ایم لذا از آن جایی که بحث کاربردهای متعددی بر آن بار می‌شود در پیوست برای توضیح بیشتر کاربرد عقد استصناع و اوراق بهادار استصناع مطرح کرده ایم.

تعریف مسئله

عقد استصناع یا سفارش ساخت از قراردادهایی است که اگرچه در گذشته دور به صورت محدود مورد استفاده قرار می گرفت اما فقط تفاوت زمان حاضر و زمانهای گذشته در کمیت و گستردگی قراردادهای استصناع در زمان حاضر است بگونه ای که این قرارداد را می توان در زمره قراردادهای بسیار با اهمیت در عرصه اقتصادی امروز قرارداد و بسیاری از پروژه ها و طرح های کلان کشورها مانند خط های انتقال نفت و گاز، کارخانه های عظیم پتروشیمی، آهن، سد سازی و . . . را در چارچوب این قرارداد احداث کرد تاکنون با عنوان قرارداد استصناع در سطح بین المللی احداث برج های اداری و مسکونی و تجاری، جاده و آزاد راه، توسعه سامانه های برق، توسعه و تجهیز سامانه تصفیه آب، احداث پل ها و توسعه بندرها... صورت عملی به خود گرفته است. بنا بر این بخاطر اهمیت این موضوع درباره ماهیت آن نظریات مختلفی مطرح شده است و برخی از فقهای امامیه به تصحیح این عقد پرداخته اند و برخی نیز موافق صحت آن نیستند و اکثریت مراجع و فقهای شیعه به صورت عقد مستقل و یا در قالب اجاره و بیع به صحت عقد استصناع اعتقاد دارند. در میان فقهای اهل سنت هم اقوال مختلفی درباره این عقد مطرح است و مذاهب اربعه اهل سنت راجع به این عقد بحث مفصلی کرده اند البته نظرات آنها از یکدیگر متفاوت می باشد و هر کدام برای نظریه خودشان ادله ای اقامه کرده اند.

سوال اصلی

ماهیت عقد استصناع و احکام آن در مذاهب اسلامی چیست؟

سوال های فرعی تحقیق

۱. معنای عقد استصناع چیست؟
۲. نقد و بررسی دیدگاه فقهاء درباره ماهیت عقد استصناع و رابطه آن با سایر عقود کدام است؟
۳. اقوال فقهاء در مشروعیت عقد استصناع کدام است؟
۴. شرایط و احکام عقد استصناع بنا بر نظر مختار چیست؟

سابقه و ضرورت تحقیق

عقد استصناع یک عقد مستحدث و جدیدی نیست بلکه از آن زمان که برخی از انسانها به دلایل مختلف در زمینه های خاص چون آهنگری، مسگری، نجاری، قالی بافی و... مهارت خاص پیدا کردند، قرارداد استصناع شکل گرفت. مطابق برخی نقلها پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله وسلم سفارش ساخت منبر به نجار و انگشتر به زرگر داده بودند. نهایت اینکه موضوع قرارداد استصناع به تناسب صنعت و تکنولوژی توسعه یافته است. کتاب های مختلفی درباره این موضوع هم نوشته شده است. اگرچه در این کتاب ها و مقاله ها درباره عقد استصناع بحث هایی شده است و هرکس به اندازه توان خودش راجع به این موضوع قلمفرسائی کرده است اما اکثرشان درباره ماهیت و مشروعیت این عقد بحث کرده اند ولی شرایط و احکام عقد استصناع مورد غفلت قرار گرفته است. لذا در این پایان نامه علاوه بر ماهیت و مشروعیت عقد استصناع، درباره شرایط و احکام این عقد یک بحث مفصلی انجام خواهد گرفت.

فرضیه های تحقیق

۱. استصناع یک عقد است.
۲. استصناع در برخی از مواردی که بریکی از اقسام عقود منطبق نیست، معامله ای مستقل است.
۳. استصناع از شرایط عمومی معاملات پیروی می کند، عقدی لازم است و در آن برخی از اختیارات عمومی هم جاری است.

هدف تحقیق

۱. تبیین مبانی فقهی و حقوقی عقد استصناع
۲. تبیین صحت و یا فساد عقد استصناع
۳. تبیین استقلال و یا عدم استقلال عقد استصناع
۴. تبیین و توضیح آراء مختلف فقهای امامیه و عامه.
۵. نقد و بررسی آراء فقهای امامیه و عامه.
۶. تبیین شرایط و احکام عقد استصناع.

روش تحقیق

روش تحقیق در این رساله روش توصیفی و تحلیلی محتوی است و از شیوه متعارف اجتهادی حوزه های علمیه استفاده می شود و سوالاتی از مراجع تقلید و فقهای شیعه در راستای اجرایی شدن عقد استصناع صورت می پذیرد.

روش گردآوری

روش گردآوری این رساله بصورت کتابخانه ای می باشد و از کتابخانه های مختلف استفاده شده است.

قلمرو تحقیق

از نظر مذاهب اسلامی فقط به دیدگاه امامیه و مذاهب چهارگانه اهل سنت پرداخته می شود.

فصل اول

مفاهیم و کلیات

مقدمه

نیازانسان معاصر به انواع معاملات و قراردادها تحول زیادی پیدا نموده است زیرا عوامل زیادی وجود دارد که دوران معاصر را از سایر دوره‌ها متمایز می‌گرداند. یکی از ویژگی‌های عصر ما که به وسیله آن از گذشته متمایز می‌گردد، ظهور قراردادهای جدید است که برای برآورده ساختن نیازهایی که در گذشته وجود نداشته و یا مورد توجه نبوده است، پدید آمده است. مانند قراردادهای پیمانکاری در ساختمان‌ها، کارخانه‌های بزرگ، پروژه‌ها و تاسیسات بزرگ. چنان که برخی از قراردادها که قبلاً به صورت ابتدایی و اولیه وجود داشته امروزه صورت تکامل یافته پیدا نموده است. همچنین در این دوره نیاز به انواع معاملاتی پیدا شده که در گذشته نیاز به آنها کم و در حد نیاز مشخصی بوده ولی امروزه در عصر صنعت و پروژه‌ها و سرمایه‌گذاری‌های عظیم و نیاز به پشتیبانی و بیمه، این معاملات قابلیت جوابگویی به نیازهای مهم اقتصادی را دارا می‌باشند و یکی از مهم‌ترین معاملاتی که در این زمینه می‌توان نام برد استصناع (سفارش ساخت) است.

در فصل اول در ذیل دو گفتار مطالبی را مطرح می‌کنیم که گفتار اول درباره مفاهیم می‌باشد که در آن معنای لغوی و اصطلاحی عقد، وعده و استصناع بیان می‌کنیم و گفتار دوم درباره کلیات می‌باشد که در آن از اصول و معیارهای کلی معاملات مانند احکام تاسیسی و امضایی، عقلایی بودن عقد، اصل صحت در عقود و اصل آزادی قراردادها را مورد بحث قرار می‌دهیم.

گفتار اول: مفاهیم

معنای لغوی عقد

اگرچه کتاب‌های لغت مراجعه بکنیم می‌بینیم که علمای اهل لغت برای واژه عقد تقریباً یک معنی ذکر کرده‌اند که به بعضی از آنها در اینجا اشاره می‌کنم:

راغب در مفردات می‌گوید: العقد: الجمع بین اطراف الشيء ويستعمل ذلك في الاجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء ثم يستعار ذلك في المعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرهما فيقال «عاقده»^(۱). عقد در اصل به معنای جمع کردن اطراف چیزی است و در اجسام سفت و سخت به کار می‌رود مانند

۱. راغب اصفهانی، حسین بن محمد بن مفضل، مفردات الفاظ القرآن، تحقیق صفوان عدنان داوودی، ص ۵۷۶، ماده عقد.

(عقد حبل) یعنی گره زدن و بستن طناب و (عقد بناء) یعنی محکم کردن ساختمان و استوار ساختن آن. سپس در معانی به صورت استعاری نیز استعمال شده است مانند عقد بیع و عهد و پیمان مثلاً «عاقده» با او عهد و پیمان بست.

ابن منظور در لسان العرب می گوید: **العقد نقیض الحل، عقده، یعقده، عقدا...**^(۱) یعنی عقد به معنای بستن چیزی به چیزی، در مقابل «حل» به معنای گشودن است.

جوهری در صحاح اللغة می نویسد: **عقدت الحبل والبیع والعهد وعقد الرب وغیره ای غلظ.**^(۲) در صحاح اللغة عقد به معنای غلظت و شدت آمده است.

فیروز آبادی در القاموس المحيط می نویسد: **عقد الحبل والبیع والعهد، یعقده**^(۳) ای (شده) یعنی در اینجا عقد به معنای محکم کردن آمده است مانند عقد الحبل ای (شده).

ابن فارس در معجم مقاییس اللغة می گوید: عقد بر شدت دلالت می کند یعنی محکم کردن و از همین جا گرفته شده است عقد البناء.^(۴)

باتوجه به معانی و موارد استعمال کلمه عقد، برخی آن را به معنای پیمان محکم دانسته اند و گفته اند: **العقد: العهد الموثق شبه بعقد الحبل ونحوه.**^(۵)

در تفسیر تبیان، عقد به معنای وصل کردن آمده است آنگونه که چیزی به طناب بسته شود و سپس در معانی مانند عقد بیع و معنای عهد و پیمان به صورت استعاری به کار رفته است.^(۶)

معنای اصطلاحی عقد

برای واژه عقد تعریف های مختلف از طرف دانشمندان فقهی ارائه شده است که در اینجا به بعضی از آنها اشاره می کنیم:

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۳، ص ۲۹۶. ماده عقد.

۲. جوهری، اسماعیل بن حماد، معجم الصحاح، ص ۷۲۴، ماده عقد.

۳. فیروز آبادی، مجد الدین محمد بن یعقوب، معجم القاموس المحيط، ص ۲۸۵، ماده عقد.

۴. ابن فارس، ابی الحسن احمد بن فارس، معجم المقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، ج ۴، ص ۸۶، ماده عقد.

۵. طبرسی، ابوعلی الفضل الحسن، مجمع البیان، ج ۳، ص ۲۵۸.

۶. شیخ طوسی، محمد بن الحسن، التبیان، ج ۳، ص ۴۱۴.

بعضی ها گفته اند که عقد به معنای عهد موکد است و عهد امری باطنی و درونی است که با چیزی (قول یا فعل) ابراز می گردد. ومی گویند: «وفی الحقیقه العقد عبارة عن تعهد الشخص مع آخر فی امر من الامور، سواء كان ذلك الامر من الامور المالیة كباب المعاوضات، او امر آخر كما فی باب النکاح»^(۱) در حقیقت عقد عبارت است از تعهدی که شخصی بادیگری درکاری یا مالی یا امردیگری ایجاد می کند و به آن ملتم می شود، این التزام ممکن است در برابر چیزی یا کاری باشد و یا بدون مقابل باشد.

محقق اصفهانی می گوید: العقد هو القرار المرتبط بقرار آخر.^(۲) یعنی عقد عبارت است از قرار و جعلی که مرتبط با قرار طرف مقابل باشد.

سید محسن الحکیم معتقدند که اگر معنای انشایی قائم به دوشخص بود، عقد است و اگر قائم به یک شخص بود، ایقاع است.^(۳) صاحب جواهر می فرماید: عقد، گفته طرفین یا گفته یکی و فعل دیگری است، آن هم به گونه ای که شارع اثر مقصود را بر آن بار کرده است.^(۴)

معنای لغوی وعده

راغب اصفهانی در مفردات القرآن گفته است: الوعد یكون فی الخیر والشیر ویقال وعدته بنفع وضرر وعداوموعدا ومیعادا. وعده در مورد خیر و شر هر دو به کار می رود.^(۵)

ابن فارس در معجم المقائیس اللغه می گوید: الواو والعین والدال کلمه صحیحه تدل علی ترجیح بقول یقال وعدته اعده، وعده، ویكون ذلك بخیر وشر. واو، عین ودال، این حرفها که کلمه وعد را تشکیل می

۱. موسوی بجنوردی، سید محمد، القواعد الفهیه، ج ۳، ص ۱۳۵ تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی.

۲. اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیة المکاسب، ج ۱، ص ۱۴۳، حائری، مسعود، فقه العقود، ج ۱، ص ۱۸۳.

۳. حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۲۴۰.

۴. نجفی، محمد حسین، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۳، تحقیق، شیخ علی آخوندی.

۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد بن مفضل، مفردات الفاظ القرآن تحقیق صفوان عدنان داودی، ص ۸۷۵ ماده وعد.

دهند، دلالت بر قولی می کنند که آن قول رجحان داشته باشد که مثلاً کسی که می گوید من به کسی وعده دادم و این قول دادن و وعده دادن هم بر خوبی و هم بر بدی ها دلالت می کند.^(۱)

معنای اصطلاحی وعده

در اصطلاح هم همان معنی که در لغت بیان شده، می باشد و در اصطلاح مختص به معنای خاص نیست، چنانچه مرحوم طبرسی در مجمع البیان در مورد تعریف وعده گفته است: و حقیقه الوعد: هو الخبر عن خیریناله المخبر فی المستقبل، اوشر. حقیقت وعده خبری از خیر و شراست که به مخبر در آینده می رسد.^(۲)

معنای لغوی استصناع

واژه استصناع در لغت از ماده «صنع» و از باب استفعال، مصدر فعل «استصنع» به معنای طلب احداث یا انجام کاری است.

در لسان العرب آمده است: «استصنع الشيء، ای دعا الی صنعه واصله صنع یصنع صنعا فهو مصنوع و صنیع» شیء را به استصناع داد یعنی سفارش ساخت آن را داد و اصل آن از فعل ثلاثی مجرد «صنع» و مضارع آن «یصنع» و مصدر آن «صنع» (به ضم صاد) است. به کالای ساخته شده، مصنوع و صنع (به ضم صاد) اطلاق می گردد.^(۳)

همچنین در المعجم الوسیط آمده است: «استصنع فلانا کذا: طلب منه ان یصنعه له»، به فلانی برای ساخت کالایی استصناع داد، یعنی از او درخواست کرد که آن کالا را برای او بسازد^(۴). بنابراین اگر کسی از نجار بخواهد نردبانی برای او بسازد از نظر لغوی، استصناع است؛ تفاوتی نمی کند که چوب را سفارش دهنده تهیه کند و به نجار بدهد یا این که نجار چوب آن را تهیه کند و نردبان را بسازد. همچنین فرقی نمی کند سازنده قصد تبرع داشته باشد یا این که به قصد دریافت مزد معینی نردبان را بسازد.

۱. ابن فارس، ابی الحسن احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغه، ج ۶، ص ۱۲۵، ماده و عد.

۲. طبرسی، ابوعلی الفضل الحسن، مجمع البیان، ج ۱، ص ۲۱۰.

۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۸، ص ۲۰۹، ماده صنع.

۳. مصطفی، زیات، عبد القادر، نجار مجمع اللغه العربیه، المعجم الوسیط، ج ۱، ص ۵۲۵.