

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

دانشکده ادبیات و علوم انسانی، گروه فقه و حقوق اسلامی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)

گرایش: فقه و حقوق اسلامی

عنوان:

کاربرد عقد استصناع در معاملات بانکی

استاد راهنما:

دکتر یوسف درویشی هویدا

استاد مشاور:

دکتر علی بهرامی نژاد مغویی

پژوهشگر:

مهدی شهریوری مقدم

تابستان ۱۳۹۳



معاونت پژوهش

به نام خدا

مشور اخلاق پژوهش

بیاباری از خداوند بجهان و اعتماد بر این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشتن مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه اهمیت جایگاه دانشگاه در اتمسفری فرهنگ و تمدن بشری
مادان شبان و اعمنائی بیست علمی واحد های دانشگاه آزاد اسلامی مشهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی در نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل برائت: التزام به برائت جویی از حرکات و رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیر علمی می آلائند.
- ۲- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از حرکات جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۳- اصل ترویج: تعهد به رواج و دانش و اشناء نتایج تحقیقات و انتقال آن به بهکاران علمی و دانشجویمان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۴- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و خودداری از حرکات حرمت شکنی.
- ۵- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهشگران (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمانها و کشورهای دیگر و نهاد های مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از حرکات پنهان سازی حقیقت.
- ۸- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بهکاران پژوهش.
- ۹- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن بهر چه و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش

تقدیم به ساحت مقدس آقا امام زمان (عج)

تقدیم به بهترین های زندگیم، خانواده عزیزم

سپاسگزاری

الهی! به تحقیقت اسماء حسنیات و به مقربین درگاهت، توفیقی عنایت فرماتا محظ ای از پرتو حقایق ملکوتی غافل نشویم که غفلت همان و در جاده ضلالت خزیدن همان.

پس از حمد و شمای پروردگار مهربانم که همه چیزم از اوست و در تمامی محظات سخت زندگی ام با من همراه بوده و هست؛ لازم می دانم از هدایت و راهنمایی های استادان ارجمند: **جناب آقای دکتر یوسف درویشی هویدا**، استاد راهنما، و ارشاد و بهرایی دلسوزانه استاد **دکتر انقدر جناب دکتر سید علی بهرامی نژاد مهنوی**، استاد مشاور، که مراد امر بخارش و تدوین این پژوهش یاری نمودند و چراغ هدایتشان را فراراه این نوآموز علم و دانش قرار دادند، شکر و قدر دانی می نمایم.

همچنین بر خود فرض می دانم از همه کسانی که دلسوزانه در راستای موفقیت این کمترین یاری نموده اند صمیمانه تقدیر و شکر نمایم.

تعهد نامه اصالت پایان نامه کارشناسی ارشد

اینجانب مهدی شهریوری مقدم دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته به شماره دانشجویی ۹۰۰۷۹۶۳۶۷ در رشته فقه و حقوق اسلامی که در تاریخ ۹۳/۶/۱۱ از پایان نامه خود تحت عنوان:

کاربرد عقد استصناع در معاملات بانکی

با کسب نمره ۱۷/۵ و درجه بسیارخوب دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم:

۱- این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در موارد که دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه‌های موجود نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست ذکر و درج کرده ام.

۲- این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳- چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هر گونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

۴- چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را بپذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی:

تاریخ و امضاء

بسمه تعالی

در تاریخ ۹۳/۶/۱۱

دانشجوی کارشناسی ارشد مهدی شهریوری مقدم از پایان نامه دفاع نموده و با نمره ۱۷/۵ بحروف
هفده و نیم و با درجه بسیارخوب مورد تصویب قرار گرفت .

امضاء استاد راهنما

بسمه تعالی

دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دانشکده ادبیات و علوم انسانی

(این چکیده به منظور چاپ در پژوهش نامه دانشگاه تهیه شده است)

نام واحد دانشگاهی: تهران مرکزی	کد واحد: ۱۰۱	کد شناسایی پایان نامه: ۱۰۱۲۰۴۰۷۹۱۲۰۵۵
عنوان پایان نامه: کاربرد عقد استصناع در معاملات بانکی		
نام و نام خانوادگی دانشجو: مهدی شهریوری مقدم	تاریخ شروع پایان نامه: ۹۱/۱۰/۲۳	
شماره دانشجویی: ۹۰۰۷۹۶۳۶۷	تاریخ اتمام پایان نامه: ۹۳/۰۶/۱۱	
رشته تحصیلی: فقه و حقوق اسلامی		
استاد/ استادان راهنما: دکتر یوسف درویشی هویدا		
استاد/ استادان مشاور: دکتر علی بهرامی نژاد		
<p>چکیده پایان نامه (شامل خلاصه، اهداف، روش های اجرا و نتایج به دست آمده):</p> <p>قرارداد استصناع یا سفارش ساخت یکی از قراردادهایی است که امروزه کاربرد بسیار گسترده ای دارد. از میان مذاهب اربعه علمای مذهب حنفی بر این اعتقادند که قرارداد استصناع در قالب عقد بیع می گنجد و علمای شافعی این عقد را صحیح می دانند و در میان فقهای امامیه تنها شیخ طوسی، ابن حمزه و ابن سعید به اختصار به موضوع استصناع پرداخته اند. این پژوهش دیدگاه اول را تقویت نموده و بر این باور است که با توجه به معنا و مفهوم عقد که تعهد متقابلی بین طرفین معامله است به گونه ای که آن دو نسبت به هم عهदार پیمانی متقابل می شوند و با عنایت به ماهیت معاملاتی که در چهارچوب استصناع در بازار منعقد می شود، می توان قرارداد استصناع را عقد شمرده و برای مشروعیت این عقد به آیات شریفه ((یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود)) (مانده ۱) ((...تجاره عن تراض)) (نساء ۲۹) و... استناد کنیم این عقد در قالب عقد مستقل و یا بیع مستقل قرار گرفته و علاوه بر صحت از لزوم نیز برخوردار است. برخی فقها استصناع را به صورت عقد مستقل و یا در قالب سلم، اجاره، جعاله و بیع صحیح دانسته اند. بنابراین بانک ها و سایر موسسات اعتباری می توانند طرح های خصوصی، دولتی و بخش عمومی را با استفاده از عقد استصناع مستقیم و غیر مستقیم تامین مالی نموده و عهदार واسطه گری بین شرکتهای بزرگ و صاحبان صنایع گردند.</p> <p>نظر به ممنوعیت ربا (بهره) در اسلام و الغای کاربرد آن در نظام بانکی و اقتصاد اسلامی و به تبع آن حرمت به کارگیری ابزارهای مبتنی بر بهره، این نظام برای تامین بخشی از منابع مالی مورد نیاز وزارتخانه ها، شرکتهای دولتی و بخش خصوصی در فرآیند انجام کار، می تواند جهت اعمال سیاست مالی و تامین مالی طرح ها به هدف دستیابی به رشد و توسعه اقتصادی اسلامی و در عین حال رونق و تنوع بیشتر بازار اولیه و ثانویه بورس اوراق بهادار از انواع اوراق استصناع استفاده نماید. بانک مرکزی نیز می تواند با خرید و فروش این اوراق و انجام عملیات بازار باز (BOT)، (BOO) به تنظیم، کنترل و هدایت گردش پول و اعتبار و اعمال سیاست پولی و اعتباری به پردازد.</p> <p>اوراق استصناع، جایگزین اوراق قرضه و مکمل اوراق مشارکت دولتی و بانک مرکزی محسوب می شود. به کارگیری عقد استصناع و اوراق مبتنی بر آن در عملیات بانکداری اسلامی و بانک مرکزی نقش مهمی در رونق و کارآیی عملیات بانکی بدون ربا ایفا نماید.</p> <p>واژگان کلیدی: استصناع، سفارش ساخت، پیمانکاری، صکوک استصناع</p>		

تاریخ و امضا:

مناسب است

نظر استاد راهنما برای چاپ در پژوهش نامه دانشگاه

مناسب نیست

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	چکیده.....
	فصل اول: کلیات
۳	مبحث اول: بیان مسئله و اهداف تبیین آن.....
۳	۱-۱-۱: بیان مسئله.....
۴	۱-۱-۲: اهداف تحقیق.....
۴	۱-۱-۳: اهمیت و موضوع تحقیق و انگیزه انتخاب آن.....
۵	۱-۱-۴: سوالات و فرضیه های تحقیق.....
۵	۱-۱-۵: روش تحقیق.....
۶	۱-۱-۶: قلمرو تحقیق.....
۶	۱-۱-۷: محدودیت ها و مشکلات تحقیق.....
۷	مبحث دوم: تعاریف و خصوصیات عقد استصناع.....
۷	۱-۲-۱: عقد استصناع.....
۷	۲-۲-۱: معنای لغوی استصناع.....
۷	۳-۲-۱: معنای اصطلاحی استصناع.....
۸	۴-۲-۱: استصناع، یک عقد است.....
۸	۵-۲-۱: تفاوت عقد و ایقاع.....
۹	۶-۲-۱: تفاوت میان عقد و عهد.....
۱۰	۷-۲-۱: ارکان عقد استصناع.....
۱۱	مبحث سوم: استصناع در آرای فقها و حقوقدانان.....
۱۱	۱-۳-۱: اثبات مشروعیت عقد استصناع به کمک آیات قرآن کریم.....
۱۸	۲-۳-۱: استصناع در فقه عامه.....
۱۸	۳-۳-۱: آراء فقهای مذهب حنفی در مورد استصناع.....
۲۳	۵-۳-۱: آراء فقهای مذهب مالکی در مورد استصناع.....
۲۴	۶-۳-۱: آراء فقهای مذهب حنبلی در مورد استصناع.....
۲۴	۷-۳-۱: ادله عالمان حنفی بر صحت و مشروعیت عقد استصناع.....

دلیل اول: سنت رسول الله.....	۲۴
دلیل سوم: استحسان.....	۲۸
۱-۳-۸: استصناع از دیدگاه فقیهان متقدم امامیه.....	۳۰
بررسی دیدگاه شیخ طوسی.....	۳۲
دیدگاه ابن حمزه و ابن سعید.....	۳۵
۱-۳-۹: استصناع از دیدگاه فقیهان متأخر امامیه.....	۳۶
۱-۳-۱۰: اعتبار عقد استصناع از دیدگاه اساتید حقوق مدنی.....	۴۲
فصل دوم: بررسی تحلیلی ماهیت و چارچوب عقد استصناع	
مقدمه.....	۴۵
مبحث اول: مقایسه عقد استصناع با سایر عقود مشابه.....	۴۵
۲-۱-۱: استصناع به عنوان یکی از اقسام بیع.....	۴۵
۲-۱-۲: انواع سفارشات ساخت و تطبیق آن با بیع.....	۴۶
۲-۱-۳: سفارش ساخت یک شیء مشخص و معین.....	۴۸
۲-۱-۴: سفارش ساخت یک امر کلی.....	۴۹
۲-۱-۵: عقد استصناع و عقد سلم.....	۵۰
۲-۱-۶: عقد استصناع و عقد جعاله.....	۵۷
۲-۱-۷: عقد استصناع و عقد اجاره.....	۶۱
۲-۱-۸: اشکالات وارده بر این مقایسه.....	۶۶
۲-۱-۹: عقد استصناع و عقد صلح.....	۶۸
۲-۱-۱۰: استصناع ترکیبی از چند عقد.....	۷۰
۲-۱-۱۱: مقایسه عقد استصناع با ترکیبی از بیع و اجاره.....	۷۰
۲-۱-۱۲: مقایسه عقد استصناع با ترکیبی از وکالت و اجاره.....	۷۱
۲-۱-۱۳: استصناع، امر به ساختن به نحو تضمینی.....	۷۳
۲-۱-۱۴: استصناع به عنوان یک نظریه پیش قرارداد.....	۷۶
۲-۱-۱۵: بررسی امکان استقلال عقد استصناع.....	۷۷
۲-۱-۱۶: قرارداد استصناع به عنوان بیع مستقل.....	۷۹
الف) دیدگاه عالمان حنفی مذهب.....	۷۹
ب) دیدگاه فقهای امامیه.....	۸۲

۸۴	۱-۱-۱۷: قرارداد استصناع به عنوان عقدی مستقل
۸۶	مبحث دوم: بررسی شرایط و آثار عقد استصناع
۸۶	۱-۲-۲: شرایط متعاقدين
۸۷	۲-۲-۲: معلوم بودن مورد معامله
۹۱	۳-۲-۲: معین بودن ثمن
۹۲	۴-۲-۲: قبض ثمن در مجلس عقد
۹۸	۵-۲-۲: معین بودن زمان تحویل کالا
۹۹	۶-۲-۲: تملیکی بودن، منجز بودن، خیارى بودن و معاوضی بودن
۱۰۰	۷-۲-۲: بررسی لزوم و جواز عقد استصناع:
۱۰۰	اثبات لزوم عقد استصناع به کمک آیه ((اوفوا بالعقود))
۱۰۲	اثبات لزوم عقد استصناع به کمک ((اصالة اللزوم))
۱۰۳	۸-۲-۲: بررسی لزوم و جواز در فقه عامه و امامیه
۱۰۳	۹-۲-۲: بررسی لزوم یا جواز عقد استصناع در فقه عامه
۱۰۳	الف: تفصیل میان لزوم و جواز عقد در مراحل مختلف آن
۱۰۴	دوم: مرحله‌ی ساخت کالا تا قبل از رؤیت آن توسط مستصنع
۱۰۵	ب: لزوم عقد به مجرد انعقاد آن
۱۰۶	۱۰-۲-۲: لزوم یا جواز استصناع در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران
۱۰۷	۱۱-۲-۲: آثار عقد استصناع
۱۰۹	۱۲-۲-۲: عقد استصناع از منظر حقوق ایران
۱۰۹	۱۳-۲-۲: عقد استصناع در قواعد عمومی قراردادها
۱۱۱	۱۴-۲-۲: عقد استصناع و مقررات مرتبط
۱۱۱	۱۵-۲-۲: قرارداد پیمانکاری (استصناع) در حوزه عمومی و دولتی
۱۱۲	۱۶-۲-۲: قرارداد پیمانکاری (استصناع) در حوزه خصوصی
۱۱۳	۱۷-۲-۲: ماهیت حقوقی قرارداد پیمان در مقایسه با عقد استصناع
	فصل سوم: استصناع در معاملات بانکی
۱۱۵	مقدمه
۱۱۵	مبحث اول: استصناع به عنوان یکی از طرق تامین مالی
۱۱۵	۱-۱-۳: استصناع در تخصیص منابع در عملیات بانکی

- ۲-۱-۳ : کار ویژه های عقد استصناع در مقایسه با دیگر عقود بانکی ۱۱۷
- ۳-۱-۳ : مقایسه عقد استصناع و مشارکت مدنی در معاملات بانکی ۱۱۸
- مبحث دوم : کاربردهای بانکی عقد استصناع ۱۲۱
- ۱-۲-۳ : روش پرداخت تسهیلات در قالب استصناع بانکی ۱۲۱
- ۲-۲-۳ : تأمین مالی طرح های خصوصی ۱۲۳
- ۳-۳-۳ : تأمین مالی طرح های دولتی و بخش عمومی ۱۲۴
- ۴-۳-۳ : واسطه گری بانک بین شرکت های بزرگ و صاحبان صنایع ۱۲۵
- ۵-۲-۳ : روش ساخت، بهره برداری و واگذاری (BOT) ۱۲۶
- ۶-۲-۳ : روند به کارگیری پروژه های بی.اوتی ۱۲۹
- ۷-۲-۳ : قرارداد ساخت، مالکیت، بهره برداری (BOO) ۱۳۰
- ۸-۲-۳ : استصناع موازی ۱۳۱
- ۹-۲-۳ : نحوه استفاده از حق فسخ در استصناع بانکی ۱۳۱
- مبحث سوم : استصناع در بانک های کشورهای اسلامی ۱۳۲
- ۱-۳-۳ : نحوه استفاده از استصناع بانکی در کشورهای اسلامی ۱۳۲
- ۲-۳-۳ : تجارب بانک های اسلامی در به کارگیری عقد استصناع ۱۳۳
- فصل چهارم : استصناع بانکی و صکوک استصناع در حقوق موضوعه ایران
- مقدمه ۱۳۸
- مبحث اول : مقررات جاری در استصناع عادی بانکی ۱۳۹
- ۱-۱-۴ : قانون برنامه پنجم توسعه اجتماعی ، اقتصادی و فرهنگی کشور و قانون عملیات بانکی بدون ربا ۱۳۹
- ۳-۱-۴ : دستور العمل اجرایی عقد استصناع ۱۴۰
- ۴-۱-۴ : مشکلات و راهکارهای دستور العمل اجرایی عقد استصناع ۱۴۴
- مبحث دوم : صکوک استصناع ۱۴۴
- ۱-۲-۴ : چگونگی شکل گیری صکوک استصناع ۱۴۴
- ۲-۲-۴ : ویژگی های صکوک استصناع در کنار اوراق مشارکت ۱۴۷
- ۳-۲-۴ : حکم فقهی و حقوقی خرید و فروش صکوک استصناع ۱۵۳
- ۴-۲-۴ : استفتا از مراجع پیرامون انتشار و خرید و فروش (صکوک) استصناع ۱۵۴
- ۵-۲-۴ : سازگاری صکوک استصناع با قوانین حقوقی ایران ۱۵۷

- ۶-۲-۴ : روند اجرایی و قانون پیشنهادی صکوک استصناع..... ۱۵۸
- ۷-۲-۴ : دستور العمل اجرایی انتشار صکوک استصناع ریالی در سیستم بانکی..... ۱۶۲
- ۸-۲-۴ : دستور العمل اجرایی انتشار صکوک استصناع ارزی در سیستم بانکی..... ۱۶۸
- ۹-۲-۴ : تجارب انتشار بین المللی صکوک استصناع..... ۱۷۲
- نمودار ۱- انواع صکوک بین المللی منتشر شده (۲۰۰۱-۲۰۰۷)..... ۱۷۳
- ۱۰-۲-۴ : صکوک استصناع در مالزی..... ۱۷۴
- نتیجه گیری..... ۱۸۲
- پیشنهادها..... ۱۸۸
- منابع و مأخذ..... ۱۸۹

چکیده:

قرارداد استصناع یا سفارش ساخت یکی از قراردادهایی است که امروزه کاربرد بسیار گسترده ای دارد. از میان مذاهب اربعه علمای مذهب حنفی بر این اعتقادند که قرارداد استصناع در قالب عقد بیع می گنجد و علمای شافعی این عقد را صحیح می دانند و در میان فقهای امامیه تنها شیخ طوسی، ابن حمزه و ابن سعید به اختصار به موضوع استصناع پرداخته اند. این پژوهش دیدگاه اول را تقویت نموده و بر این باور است که با توجه به معنا و مفهوم عقد که تعهد متقابلی بین طرفین معامله است به گونه ای که آن دو نسبت به هم عهدار پیمانی متقابل می شوند و با عنایت به ماهیت معاملاتی که در چهارچوب استصناع در بازار منعقد می شود، می توان قرارداد استصناع را عقد شمرده و برای مشروعیت این عقد به آیات شریفه ((یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود)) (مائده ۱) ((...تجاره عن تراض)) (نساء ۲۹) و... استناد کنیم این عقد در قالب عقد مستقل و یا بیع مستقل قرار گرفته و علاوه بر صحت از لزوم نیز برخوردار است. برخی فقها استصناع را به صورت عقد مستقل و یا در قالب سلم، اجاره، جعاله و بیع صحیح دانسته اند. بنابراین بانک ها و سایر موسسات اعتباری می توانند طرح های خصوصی، دولتی و بخش عمومی را با استفاده از عقد استصناع مستقیم و غیرمستقیم تامین مالی نموده و عهدار واسطه گری بین شرکتهای بزرگ و صاحبان صنایع گردند.

نظر به ممنوعیت ربا (بهره) در اسلام و الغای کارکرد آن در نظام بانکی و اقتصاد اسلامی و به تبع آن حرمت به کارگیری ابزارهای مبتنی بر بهره، این نظام برای تامین بخشی از منابع مالی مورد نیاز وزارتخانه ها، شرکتهای دولتی و بخش خصوصی در فرآیند انجام کار، می تواند جهت اعمال سیاست مالی و تامین مالی طرح ها به هدف دستیابی به رشد و توسعه اقتصادی اسلامی و در عین حال رونق و تنوع بیشتر بازار اولیه و ثانویه بورس اوراق بهادار از انواع اوراق استصناع استفاده نماید. بانک مرکزی نیز می تواند با خرید و فروش این اوراق و انجام عملیات بازار باز (BOT)، (BOO) به تنظیم، کنترل و هدایت گردش پول و اعتبار و اعمال سیاست پولی و اعتباری به پردازد. اوراق استصناع، جایگزین اوراق قرضه و مکمل اوراق مشارکت دولتی و بانک مرکزی محسوب می شود. به کارگیری عقد استصناع و اوراق مبتنی بر آن در عملیات بانکداری اسلامی و بانک مرکزی نقش مهمی در رونق و کارایی عملیات بانکی بدون ربا ایفا نماید.

واژگان کلیدی: استصناع، سفارش ساخت، پیمانکاری، صکوک استصناع

فصل اول :

کلیات

مبحث اول: بیان مسئله و اهداف تبیین آن

۱-۱-۱: بیان مسئله :

امروزه به موازات گسترش ابداع ها در عرصه های گوناگون علوم و فناوری و ارتباطات گسترده جهانی، شیوه های گوناگون از معامله های تجاری در سطح داخلی و بین المللی ابداع شده که در گذشته وجود نداشت. از این معامله ها برای تأمین مالی و اجرای طرح ها و پروژه های عظیم صنعتی که با شرایط ویژه ای مورد توافق طرفین قرار گرفته و عملیاتی شده ، استفاده می شود. از سوی دیگر، بسیاری از عقدها که در گذشته های دور فقط بین افراد به صورت شخصی منعقد می شد؛ هم اکنون در سطح نهادها و مؤسسه های کوچک و بزرگ یا به صورت گسترده تر در سطح جامعه با همه گستردگی اش صورت می پذیرد.

یکی از قراردادهایی که امروزه کاربرد بسیار گسترده ای دارد قرارداد استصناع یا سفارش ساخت است. عقد استصناع، عقدی نیست که در گذشته های دور به کار گرفته می شد. سفارش ساخت، چکمه، یا ظروف رویی، مسی و... همواره در قراردادهای منعقد شده مشاهده می شد . بنابراین عقد استصناع ، مانند:عقد بیمه عقدی جدید (مستحدث) نیست. فقط تفاوت زمان حاضر و زمان های گذشته در کمیت، کیفیت و گستردگی قرار دادهای استصناع در زمان حاضر است به گونه 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، ذوب آهن، سد سازی و... را در چارچوب این قرارداد احداث کرد. تا کنون با عنوان قرارداد استصناع در سطح بین المللی احداث برج های اداری و مسکونی و تجاری ، جاده و آزادراه، توسعه سامانه های برق، توسعه و تجهیز سامانه تصفیه آب، احداث پل ها و توسعه بندرها و... صورت عملی به خود گرفته است. عقد استصناع مصداقی از قرارداد پیمانکاری است.

زیرا هنگامی که پیمانکار مواد و مصالح مورد نیاز را خود تهیه می کند و با کار خود کالای مورد نظر را ساخته و تحویل می دهد، عقد استصناع محقق می شود. همچنین قرارداد B.O.T (ساخت - راه اندازی-انتقال مالکیت) نیز در چارچوب قرارداد استصناع قابل انعقاد است.

۱-۱-۲: اهداف تحقیق :

بررسی و شناخت عقد استصناع، مطالعه ویژگی های عقد استصناع در حقوق موضوعه، بررسی جنبه های عقد استصناع به عنوان یکی از روشهای تأمین مالی در نظام بانکی، بررسی کاربردی عقد استصناع در معاملات بانکی، امکان بخشی انجام تأمین مالی در آنها از طریق عقد استصناع، بررسی صکوک استصناع به عنوان یکی از طرق تأمین مالی قرارداد بانکی.

۱-۱-۳: اهمیت و موضوع تحقیق و انگیزه انتخاب آن :

عقد استصناع به ویژه پس از آنکه مجمع فقهی سازمان کنفرانس اسلامی در ذی القعدة سال ۱۴۱۲ قمری در جده اعلام کرد که این عقد، عقدی لازم الطرفین است به علت ماهیت و ویژگی های آن در کشورهای اسلامی شیوع و گسترش ویژه ای یافت. زیرا از یک سو، خرید و فروش کالاهای آماده، پاسخگوی نیازهای گوناگون و سلیقه های متنوع افراد، بنگاه ها و دولت ها نبوده و از سوی دیگر، دیگر عقدهای مانند سلف، اجاره و جعاله و... نیز به علت محدودیت های خاص نمی توانست به سهولت نیازهای رو به رشد و متنوع را تأمین مالی کند.

با توجه به گستردگی استفاده از عقد استصناع و همچنین کاربرد اوراق بهادار اسلامی (صکوک) در کشورهای گوناگون اسلامی ضرورت دارد از عقد استصناع و صکوک متفرع برآن به صورت گسترده در ایران که پیشگامان بانکداری بدون ربا شمرده می شود، استفاده شود.

انگیزه انتخاب موضوع: الف: بررسی استصناع به عنوان یکی از روشهای جدید تأمین مالی در بانکها.

ب: بررسی قوانین و مقررات موجود در خصوص امکان بخشی استفاده از عقد استصناع برای معاملات بانکی.

ج: ایجاد رویه ی لازم و همچنین پیشنهاد طرق جدید برای استفاده از عقد استصناع تأمین مالی.

د: استفاده از روش صکوک استصناع در تأمین مالی.

۱-۱-۴: سوالات و فرضیه های تحقیق :

سوال :

استصناع چگونه عقدی است ؟

فرضیه :

استصناع عقدی است لازم ، تملیکی ، منجز و معاوضی و از سایر عقود مشابه نظیر اجاره ، بیع ، صلح ، سلف و... مستقل است .

سوال :

عقد استصناع در میان عقود قانون عملیات بانکی بدون ربا چه نقشی را ایفا می نماید ؟

فرضیه :

با توجه به اضافه شدن عقد استصناع به عقود بانکی موضوع قانون عملیات بانکی بدون ربا بر اساس ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه ، عقد استصناع در دو قالب اول و دوم و با ویژگی های منحصر به فرد خود در تامین مالی طرح های خصوصی و دولتی می تواند کمبود های سایر عقود بانکی را جبران نموده و بانکها را به سوی انعقاد قرارداد واقعی سوق دهد .

سوال :

صکوک استصناع بر اساس مقررات موجود چگونه می توانند به بالندگی نظام بانکی در تامین مالی پروژه ها کمک نمایند ؟

فرضیه :

صکوک استصناع بر اساس مقررات موجود امکان اجرایی یافته و با انتشار اوراق استصناع ، ابزاری مناسب برای اعمال سیاست پولی و روشی جدید در تامین مالی اسلامی به شمار می رود .

۱-۱-۵: روش تحقیق :

توصیفی و تحلیل محتوا است و در بحث های فقهی برای تثبیت شرعی بودن این عقد استفتاهایی از مراجع و فقیهان شیعه بیان شده است.

۱-۱-۶: قلمرو تحقیق :

در تحقیق معنای اصطلاحی، ارکان عقد استصناع، تجربه های کشورهای اسلامی، کار ویژه های عقد استصناع در مقایسه با دیگر عقود بانکی، ماهیت فقهی و حقوقی این عقد با توجه به استفتاهای به عمل آمده از مراجع و فقیهان بزرگوار، تبیین و سپس مقررات موجود مورد بررسی قرار می گیرند.

۱-۱-۷: محدودیت ها و مشکلات تحقیق :

کمبود تجربه استفاده از عقد استصناع در نظام بانکی، استفاده اندک از روش تأمین مالی یاد شده در نظام بانکی، کمبود منابع فارسی و انگلیسی و عربی برای بهره گیری از روش اجرایی در کشورهای دیگر، کمبود مقررات جاری در خصوص عقد استصناع، فقدان رویه قضایی مشخص در خصوص عقد استصناع، کمبود نظریات حقوقدانان در خصوص عقد استصناع، نبود روش تجربه شده در میان بانکهای کشور برای استفاده از عقد استصناع، عدم تدوین قراردادهای واحد و یکسان عقد استصناع در نظام بانکی کشور و تعدد عملکرد بانک ها.

مبحث دوم: تعاریف و خصوصیات عقد استصناع

۱-۲-۱: عقد استصناع:

((عقد استصناع))، عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل مبلغی معین، متعهد به ساخت (تولید، تبدیل و تغییر) اموال منقول و غیرمنقول، مادی و غیرمادی با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگری می‌گردد.

۲-۲-۱: 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 به سه شکل بیان شده است: استصنع الشیء ای دعا إلی صنعه و أصله 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))، مضارع آن یصنع و مصدر آن صنع (به ضم صاد) است (ابن منظور مصری، بی تا، ج ۷، ص ۲۹۱)

و همچنین در المعجم الوسیط آمده است:

استصنع فلاناً کذا: طلب منه أن یصنعه 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 نمی‌کند که چوب را سفارش دهنده تهیه کند و به نجار بدهد یا اینکه نجار خود آن را تهیه کند و سپس نردبان را بسازد. (ابراهیم مصطفی، احمد حسن الزیات و دیگران، ۱۴۲۷ ه.ق - ۱۳۸۵ ه.ش، دوم، ص ۵۲۵).

۳-۲-۱: 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 ویژگی‌های مشخص در آینده که به وسیله‌ی سفارش‌گیرنده (پیمانکار) در ازای گرفتن هزینه‌ی آن در زمان مشخص توافق شده است که می‌تواند بخشی از آن به صورت نقد و بخشی دیگر به صورت اقساط به تناسب پیشرفت فیزیکی کار یا حتی