

۵۰۰
۱
۲۸۸
تاریخچه

www.ketab.ir

| | |
|----------------------|--|
| سرشناسه: | علوی، سیدموسی، ۱۳۵۲- |
| عنوان و نام پدیدآور: | عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان / سیدموسی علوی. |
| مشخصات نشر: | قم: مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی، ۱۳۹۸-۱۳۹۸. |
| مشخصات ظاهری: | مؤسسه آموزش عالی علوم انسانی |
| مشخصات ظاهری: | ۲۸۸ ص: ۵/۲۱ × ۵/۱۴؛ م.س |
| شابک: | ۹۷۸-۶۰۰-۴۲۹-۶۷۴-۸ |
| وضعیت فهرست نویسی: | قیماً |
| موضوع: | عقد استصناع (فقه) |
| موضوع: | Contract of production order (Islamic law)* |
| موضوع: | عقد و ایقاعات (فقه) -- افغانستان |
| موضوع: | Contracts (Islamic law) -- Afghanistan |
| موضوع: | فقه تطبیقی |
| موضوع: | Islamic Law, Comparative* |
| موضوع: | جامعه المصطفی: العالمية، مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی |
| شناسه اثر: | Almustafa International University/Almustafa International Translation and |
| شناسه اثر: | Publication center |

BP۱۱۸۱

ردہ بندی کشور: ۳۳۹۰
 ردہ بندی دیوبند: ۲۹۷
 شماره کتابشناسی ملی: ۵۷۳۲۹۸

عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان

مؤلف: سید موسی علوی

چاپ اول: ۱۳۹۸ ش / ۱۴۴۱ ق

ناشر: مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی

● چاپ: نارتجستان ● قیمت: ۴۲۰۰۰۰ ریال ● شمارگان: ۵ نسخه

● ایران، قم، خیابان معلم غربی (حجتیه)، نبش کوچه ۱۸

تلفن: +۹۸ ۲۵ ۳۷۸۳۶۱۳۴ دوزنگار: داخلی ۹۰۱۰۵ +۹۸ ۲۵ ۳۷۸۳۹۳۰۹

● ایران، قم، بلوار محمدامین، سده راه سالاریه، تلفن: +۹۸ ۲۵ ۳۲۱۳۳۱۰۶

pub_almustafa

http://buy-pub.miu.ac.ir

miup@pub.miu.ac.ir

این کتاب را می‌توانید از طریق لینک زیر خریداری کنید

- مدیر انتشارات: سید اباذر هاشمی هر بکندهی
- مدیر تولید: جعفر قاسمی ابهری
- ناظر فنی: علی عبادی فرد
- ناظر گرافیک: مسعود مهدوی
- ناظر چاپ: نعمت‌الله یزدانی
- صفحه‌آرا: سیدمحمدرضا جعفری

همه حقوق برای ناشر محفوظ است

هرگونه نسخه برداری اعم از کپی برداری و بازنویسی و انتشار، اسکن، ذخیره کامپیوتری، ترجمه به زبان‌های دیگر و ساخت

عقد استصناع
از منظر فقه امامیه، فقه حنفی
و حقوق افغانستان

سید موسی علوی

موسسه آموزش عالی
علوم انسانی

سخن ناشر

با پیروزی انقلاب شکوهمند اسلامی و در عصر جهانی شدن ارتباطات، پرسش‌ها و چالش‌های نوینی در حوزه علوم انسانی فرا روی اندیشمندان مسلمان قرار گرفت که همه به نوعی برخاسته از مسئولیت دشوار حکومت در این عصر است؛ دورانی که پای بندی به دین و سنت در مدیریت همه جانبه کشورها بسیار چالش برانگیز می‌نماید. از این رو مطالعات و پژوهش‌های به روز، جامع، منسجم و کاربردی در حوزه دین، بر اساس معیارهای معتبر جهانی و عمق و اصالت اندیشه‌های ناب، بایسته و ضروری است و جلوگیری از انحرافات فکری و تربیتی پژوهندگان حوزه دین، مهم و مورد عنایت تمامی بنیان‌گذاران این شجره طیبه، به ویژه معمار بزرگ انقلاب اسلامی، امام خمینی علیه السلام و مقام معظم رهبری (دام ظلّه العالی) می‌باشد. «جامعه المصطفی صلی الله علیه و آله و سلم العالمیة» برای تحقق این رسالت خطیر و در مسیر نشر معارف ناب مکتبی صلی الله علیه و آله و سلم «مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی صلی الله علیه و آله و سلم» را تأسیس کرده است.

در پایان لازم می‌دانیم تلاش همه عزیزانی را که در نشر این کتاب سهمی داشته‌اند، سپاس گزارده، ارباب فضل و معرفت را به یاری بخوانیم تا ما را از دیدگاه‌های سازنده خویش بهره‌مند سازند.

مرکز بین‌المللی

ترجمه و نشر المصطفی صلی الله علیه و آله و سلم

تقریظ علامه محقق حضرت آیت الله سید کاظم مصطفوی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الحمد لله وسلام على عباده الذين اصطفى
بالعلم يعبد الله ويوحى

آنچه در تاریخ بشر نفس اساسی و ماندگار دارد و کار و تحقیق علمی است محققان در حقیقت سمارگان آسمان معرفت و هدایت هستند از این مجموعه فرهیخته جناب حجت الاسلام و المسلمین آقای سید موسی علوی می باشد که از لحاظ علمی با درجه دکتری درخشیده است و اثر علمی تحقیقی درباره عقد استصناع تألیف و اراسته کرده است این کتاب با تحقیق برگرفته از فهم محققانه و با چیش زیبا و با ژرف نگری ویژه، درخور تحسین، تدوین شده است که اهل فضل و کمال از این اثر ارزشمند استفاده فرمایند.

شکر الله مساعیهم الجمیلة و ما شهدنا إلا بما علمنا

۱۳۹۸/۳/۱۸

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وسلام على عباده الذين اصطفى

علی است

بالحمد لله وبیرحمته

تحقیق

هسته

موسی

از این مجموعه فقهی جنبه علمی اسلام و مسلمانان است

علوی میباشد که از لحاظ علمی باید وجه دیگری در خشد است

و اثر علمی تحقیقی درباره عقد استصناع تألیف و تدوین کرده

این کتاب با تحقیق بیشتر فقه از فهم محققان و صاحب نظران

و با ارف نظری و تیره، در حوزه تحقیق که درین شل است

که اهل فضل و کمال از این اثر از شنیدن اعتقاد و بر ما بشود
شکر الله صواعقه الحمله و ما سجدنا الامام علما نظر

فهرست

| | |
|---------------------------------|----|
| مقدمه | ۱۷ |
| کلیات | ۲۳ |
| مبحث اول: تعاریف و تقسیمات | ۲۱ |
| مختار اول: مفهوم عقد و اقسام آن | ۲۳ |
| بند اول: مفهوم عقد | ۲۳ |
| الف) عقد در لغت | ۲۳ |
| ب) عقد در اصطلاح | ۲۴ |
| ۱. عقد در فقه حنفی | ۲۵ |
| ۲. عقد در حقوق ایرانستان | ۲۶ |
| ۳. عقد در فقه امامیه | ۲۸ |
| بند دوم: اقسام عقد | ۳۲ |
| الف) به لحاظ ترتب اثر مقصود | ۳۲ |
| ۱. عقد صحیح | ۳۲ |
| ۲. عقد باطل | ۳۴ |
| ب) به لحاظ درجه الزام | ۳۵ |
| ۱. عقد لازم | ۳۵ |
| ۲. عقد جایز | ۳۶ |
| ج) به لحاظ داشتن نام | ۳۷ |
| ۱. عقد معین | ۳۷ |

| | |
|---|----|
| ۲. عقد غیر معین | ۳۸ |
| (د) به لحاظ منشأ یا نتیجه اصلی | ۳۸ |
| ۱. عقد تملیکی | ۳۸ |
| ۲. عقد عهده‌ی | ۳۹ |
| (ه) به لحاظ انگیزه انعقاد عقد | ۴۰ |
| ۱. عقد مغایبی | ۴۰ |
| ۲. عقود مسامحی | ۴۱ |
| (و) به لحاظ موضوع عقد | ۴۱ |
| گفتار دوم: مفهوم عقد استصناع و ارکان آن | ۴۳ |
| بند اول: مفهوم عقد استصناع | ۴۳ |
| الف) استصناع در لغت | ۴۳ |
| ب) استصناع در اصطلاح | ۴۴ |
| ۱. استصناع در فقه حنفی | ۴۴ |
| ۲. استصناع در حقوق افغانستان | ۴۷ |
| ۳. استصناع در فقه امامیه | ۵۰ |
| بند دوم: ارکان عقد استصناع | ۵۲ |
| الف) طرفین قرارداد | ۵۲ |
| ۱. سفارش دهنده یا مستصنع | ۵۳ |
| ۲. سفارش پذیر یا سازنده | ۵۳ |
| ب) صیغه قرارداد | ۵۴ |
| ج) مورد قرارداد | ۵۴ |
| گفتار سوم: عقد استصناع و نهادهای مشابه | ۶۰ |
| بند اول: عقد سلم و استصناع | ۶۰ |
| الف) مشابهت | ۶۱ |
| ب) تفاوت‌ها | ۶۲ |
| بند دوم: بیع عادی و استصناع | ۶۴ |

| | |
|--|----|
| الف) مشابهت‌ها | ۶۵ |
| ب) تفاوت‌ها | ۶۵ |
| بند سوم: اجاره و استصناع | ۶۶ |
| الف) مشابهت‌ها | ۶۶ |
| ب) تفاوت‌ها | ۶۷ |
| بند چهارم: مقاوله و استصناع | ۶۷ |
| مبحث دوم: پیشینه عقد استصناع | ۶۹ |
| گفتار اول: پیشینه عقد استصناع در فقه حنفی و حقوق افغانستان | ۷۰ |
| گفتار دوم: پیشینه عقد استصناع در فقه امامیه | ۷۴ |
| ۲. ماهیت، ادله مشروعیت و شرایط عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان | ۷ |
| مبحث اول: ماهیت عقد استصناع | ۷۷ |
| گفتار اول: استصناع در قالب غیر عقد | ۷۸ |
| بند اول: وعده بودن عقد استصناع | ۷۸ |
| الف) دیدگاه موافقان | ۷۸ |
| ۱. دلایل موافقان | ۸۰ |
| ۲. نقد و بررسی دلایل موافقان | ۸۱ |
| ب) دیدگاه مخالفان | ۸۲ |
| بند دوم: امر به ساخت، به نحو تضمینی | ۸۲ |
| گفتار دوم: عقد استصناع در قالب عقود معین | ۸۵ |
| بند اول: بیع خاص | ۸۶ |
| الف) دیدگاه فقه حنفی | ۸۶ |
| ۱. استصناع، عقد بیع بر عین | ۸۸ |
| ۲. استصناع، بیع عین مشروط بر عمل صانع | ۹۰ |
| ب) نظریات فتوایی برخی از فقیهان امامیه | ۹۲ |
| ج) نظریات استدلالی برخی از نویسندگان امامیه | ۹۶ |

| | |
|--|-----|
| بند دوم: استصناع در قالب عقد بیع سلم | ۱۰۰ |
| بند سوم: استصناع در قالب اجاره اشخاص | ۱۰۶ |
| الف) فقه حنفی | ۱۰۷ |
| ب) فقه امامیه | ۱۰۹ |
| بند چهارم: استصناع در قالب عقد صلح | ۱۱۱ |
| گفتار سوم: عقد استصناع در قالب عقود مرکب | ۱۱۴ |
| بند اول: مرکب از اجاره و بیع | ۱۱۴ |
| بند دوم: مرکب از وکالت، بیع و اجاره | ۱۱۸ |
| بند سوم: مرکب از عقد مستقل و بیع | ۱۱۹ |
| بند چهارم: عنوان کلی متنوع از عقود مختلف | ۱۲۱ |
| گفتار چهارم: عقد استصناع در قالب عقد مستقل | ۱۲۵ |
| بند اول: فقه حنفی | ۱۲۵ |
| الف) نقد نظریه استصناع در قالب بیع | ۱۲۷ |
| ب) نقد نظریه استصناع در قالب عقد اجاره | ۱۲۸ |
| ج) نقد نظریه استصناع در قالب وعده | ۱۲۸ |
| بند دوم: فقه امامیه | ۱۲۹ |
| الف) عقد مرکب بودن استصناع | ۱۳۱ |
| ب) عقد بسیط بودن استصناع | ۱۳۳ |
| بند سوم: حقوق افغانستان | ۱۳۴ |
| مبحث دوم: ادله مشروعیت عقد استصناع | ۱۳۶ |
| گفتار اول: ادله مشروعیت عقد استصناع از منظر فقه حنفی | ۱۳۷ |
| بند اول: آیات و روایات | ۱۴۳ |
| الف) آیات | ۱۴۳ |
| ب) روایات | ۱۴۶ |
| بند دوم: اجماع عملی | ۱۵۰ |
| بند سوم: نیاز و حاجت | ۱۵۴ |

| | |
|---|-----|
| گفتار دوم: ادله مشروعیت عقد استصناع از منظر فقه امامیه | ۱۵۶ |
| بند اول: عمومات و اطلاقات | ۱۵۷ |
| بند دوم: سیره متشرعه | ۱۶۵ |
| مبحث سوم: شرایط عقد استصناع | ۱۶۷ |
| گفتار اول: معلوم بودن مصنوع | ۱۶۹ |
| بند اول: در فقه حنفی | ۱۶۹ |
| بند دوم: در حقوق افغانستان | ۱۷۰ |
| بند سوم: در فقه امامیه | ۱۷۱ |
| گفتار دوم: متعارف بودن مصنوع | ۱۷۳ |
| گفتار سوم: تعیین مدت | ۱۷۷ |
| بند اول: فقه حنفی | ۱۷۷ |
| بند دوم: حقوق افغانستان | ۱۸۱ |
| بند سوم: فقه امامیه | ۱۸۲ |
| گفتار چهارم: تهیه مواد توسط صانع | ۱۸۳ |
| بند اول: فقه حنفی | ۱۸۳ |
| بند دوم: حقوق افغانستان | ۱۸۵ |
| بند سوم: فقه امامیه | ۱۸۷ |
| ۳. احکام و آثار عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان | ۱۸۹ |
| مبحث اول: احکام عقد استصناع | ۱۸۹ |
| گفتار اول: لزوم و جواز عقد استصناع از منظر فقه حنفی و حقوق افغانستان | ۱۹۰ |
| بند اول: فقه حنفی | ۱۹۰ |
| الف) تعیین محل نزاع | ۱۹۱ |
| ب) اقوال و نظریات | ۱۹۴ |
| ۱. قبل از شروع عمل ساخت | ۱۹۴ |
| ۲. بعد از ساخت کالا و پیش از عرضه آن به سفارش دهنده | ۱۹۷ |

| | |
|--|-----|
| ۳. بعد از ساخت کالا و عرضه آن به سفارش دهنده | ۱۹۸ |
| بند دوم: حقوق افغانستان | ۲۰۲ |
| بند سوم: فقه امامیه | ۲۰۳ |
| گفتار دوم: جریان خیارات در عقد استصناع | ۲۰۶ |
| بند اول: مفهوم خیار | ۲۰۸ |
| الف) خیار در لغت | ۲۰۸ |
| ب) خیار در اصطلاح | ۲۰۹ |
| بند دوم: خیار مجلس | ۲۱۰ |
| الف) مفهوم خیار مجلس | ۲۱۰ |
| ب) جریان خیار مجلس در عقد استصناع | ۲۱۲ |
| بند سوم: خیار حیوان | ۲۱۳ |
| الف) مفهوم خیار حیوان | ۲۱۳ |
| ب) جریان خیار حیوان در عقد استصناع | ۲۱۴ |
| بند چهارم: خیار تاخیر | ۲۱۵ |
| الف) مفهوم خیار تاخیر | ۲۱۵ |
| ب) جریان خیار تاخیر در عقد استصناع | ۲۱۷ |
| بند پنجم: خیار شرط | ۲۱۸ |
| الف) مفهوم خیار شرط | ۲۱۸ |
| ۱. مفهوم خیار شرط در فقه حنفی | ۲۱۸ |
| ۲. مفهوم خیار شرط در فقه امامیه | ۲۱۹ |
| ۳. مفهوم خیار شرط در حقوق افغانستان | ۲۱۹ |
| ب) مدت خیار شرط | ۲۲۰ |
| ج) جریان خیار شرط در عقد استصناع | ۲۲۱ |
| بند ششم: خیار غبن | ۲۲۲ |
| الف) مفهوم خیار غبن | ۲۲۲ |
| ب) شرایط جریان خیار غبن در عقود | ۲۲۴ |

| | |
|---|-----|
| ج) جریان خيار غبن در عقد استصناع | ۲۲۴ |
| بند هفتم: خيار عيب | ۲۲۶ |
| الف) مفهوم خيار عيب | ۲۲۶ |
| ب) شرايط خيار عيب | ۲۲۸ |
| ج) جریان خيار عيب در عقد استصناع | ۲۲۸ |
| ۱. استصناع، بيع مستقل | ۲۲۸ |
| ۲. استصناع، عقد مستقل | ۲۲۹ |
| بند هشتم: خيار رؤيت | ۲۲۹ |
| الف) مفهوم خيار رؤيت | ۲۲۹ |
| ب) جریان خيار رؤيت در قرارداد استصناع | ۳۲ |
| ۱. جریان خيار رؤيت در فقه حنفی و حقوق افغانستان | ۲۳۲ |
| ۲. جریان خيار رؤيت در عقد استصناع در فقه اماميه | ۲۳۳ |
| بند نهم: خيار تدليس | ۲۳۵ |
| الف) مفهوم خيار تدليس | ۲۳۵ |
| ب) جریان خيار تدليس در عقد استصناع | ۲۳۶ |
| بند دهم: خيار تبعض صفت | ۲۳۷ |
| الف) مفهوم خيار تبعض يا تفريق صفت | ۲۳۸ |
| ب) جریان خيار تبعض صفت در عقد استصناع | ۲۳۹ |
| بند يازدهم: خيار تخلف شرط يا فوات وصف | ۲۴۰ |
| الف) مفهوم خيار اشتراط | ۲۴۰ |
| ب) شرايط خيار فوات وصف | ۲۴۱ |
| ج) جریان خيار اشتراط در عقد استصناع | ۲۴۲ |
| بند دوازدهم: خيار تفليس | ۲۴۲ |
| الف) مفهوم خيار تفليس | ۲۴۳ |
| ب) جریان خيار تفليس در عقد استصناع | ۲۴۴ |
| بند سيزدهم: خيار تعيين | ۲۴۵ |

| | |
|---|-----|
| الف) مفهوم خیار تعیین | ۲۴۵ |
| ب) شرایط صحت خیار تعیین | ۲۴۶ |
| ج) جریان خیار تعیین در عقد استصناع | ۲۴۷ |
| مبحث دوم: آثار عقد استصناع | ۲۴۷ |
| گفتار اول: حقوق و تکالیف ناشی از عقد استصناع | ۲۴۸ |
| بند اول: حقوق و تکالیف سازنده | ۲۴۸ |
| الف) تکالیف سازنده | ۲۴۸ |
| ۱. تهیه مواد اولیه | ۲۴۸ |
| ۲. انجام عمل ساخت طبق توافق طرفین | ۲۵۱ |
| ۳. انجام عمل ساخت خالی از عیب | ۲۵۴ |
| ۴. شروع عمل ساخت و انجام آن در مدت معقول | ۲۵۴ |
| ۵. تسلیم کالای ساخته شده در زمان مقرر | ۲۵۵ |
| ب) حقوق سازنده | ۲۵۷ |
| بند دوم: حقوق و تکالیف سفارش دهنده | ۲۵۸ |
| الف) تکالیف سفارش دهنده | ۲۵۸ |
| ۱. پرداخت ثمن | ۲۵۸ |
| ۲. قبول کالای ساخته شده | ۲۵۹ |
| ب) حقوق سفارش دهنده | ۲۶۰ |
| حق دریافت کالای ساخته شده | ۲۶۰ |
| گفتار دوم: حقوق و تکالیف ناشی از تخلف عقد استصناع | ۲۶۱ |
| بند اول: حقوق و تکالیف سازنده | ۲۶۱ |
| الف) تکالیف سازنده | ۲۶۱ |
| ۱. رفع عیب | ۲۶۱ |
| ۲. تسریع در رفع عیب | ۲۶۲ |
| ب) حقوق سازنده | ۲۶۲ |
| ۱. حق فسخ یا حق مطالبه فسخ | ۲۶۲ |

| | |
|--|-----|
| ۲. حق درخواست جبران خسارت | ۲۶۳ |
| ۳. حق حبس | ۲۶۳ |
| بند دوم: حقوق و تکالیف سفارش دهنده | ۲۶۵ |
| الف) تکالیف سفارش دهنده | ۲۶۵ |
| ۱. تکلیف به پذیرش کالای ساخته شده | ۲۶۵ |
| ۲. جبران خسارت سازنده در صورت عدم پذیرش کالا | ۲۶۵ |
| ب) حقوق سفارش دهنده | ۲۶۶ |
| ۱. عدم پذیرش کالای ساخته شده | ۲۶۶ |
| ۲. مطالبه جبران خسارت از سازنده | ۲۶۷ |
| ۳. مطالبه رفع عیب کالا | ۲۶۷ |
| ۴. مطالبه تنزیل قیمت | ۲۶۸ |
| ۵. مطالبه هزینه رفع عیب | ۲۶۸ |
| ۶. حق مسخره اداد استصناع | ۲۶۹ |
| نتیجه گیری | ۲۷۱ |
| کتابنامه | ۲۷۵ |

www.ketab.ir

مقدمه

انسان‌ها از زمانی که پا به عرصه گیتی نهادند، به دلیل اجتماعی بودن و نیازهای مشترک، چاره‌ای جز برقرار کردن ارتباط با هم‌نوعان خود نداشتند. بدین جهت، برای رفع نیازهای مشترک خود در عرصه‌های مختلف با هم ارتباط برقرار کردند. یکی از این ارتباطات، از طریق انعقاد قراردادهایی در قالب معاوضه، بیع، اجاره، صلح، قرض، ضمان و... می‌باشد. انسان‌ها به دلیل نبود کالای مورد نظر در بازار، برای رفع این نیازها، اقدام به اختراع قرارداد سفارش ساخت نموده‌اند؛ به این صورت که سفارش‌دهنده سفارش کالای مورد نظر خود را با مشخصات معین به سازنده می‌دهد و قیمت آن را براساس پیش‌فروش کار و زمان تحویل کالا پرداخت می‌کند؛ با این تفاوت که در گذشته عقد استصناع به دلیل سادگی زندگی انسان و نیازهای او، به موارد جزئی از قبیل: ساخت کفش، چکمه، ظروف مسی، شمشیر، نعل و زین اسب منحصر بود ولی با گذشت زمان و رشد حیرت‌انگیز صنعت و تکنولوژی و دگرگونی زندگی و نیازهای انسان، امروزه اکثر معاملات مهم، مانند: ساخت هواپیماهای عظیم، کشتی‌های غول‌پیکر، ناوهای هواپیمابر، نیروگاه‌های هسته‌ای، پروژه‌های بزرگ ساختمانی، در قالب «عقد استصناع» صورت می‌گیرد که

در این موارد به طور معمول کشور یا شرکت متقاضی، سفارش ساخت کالای مورد نظر را با خصوصیات معین به کشور یا شرکت سازنده می‌دهد و سازنده متعهد می‌شود که کالا را طبق زمان مقرر بسازد و تحویل دهد و سفارش‌دهنده نیز متعهد می‌گردد که قیمت کالا را طبق قرار معین بپردازد و معمولاً بر اساس پیشرفت کار ساخت و تحویل کالا می‌باشد.

این قرارداد بر حسب ظاهر، از لحاظ برخی خصوصیات، مانند وجود برداشتن کالا و پرداختن کامل ثمن در حین انعقاد قرارداد، با قراردادهای متعارف تفاوت دارد. به همین دلیل، مشروعیت آن در قالب بیع سلم از دیدگاه اکثر فقیهان متقدم مذاهب اسلامی به استثنای فقیهان حنفی مورد تردید است؛ ولی به دلیل احساس نیاز به عقد استصناع و نقش برجسته آن در معاملات روزمره به ویژه در عصر حاضر، نظریه مشروعیت آن، مورد استقبال چشم‌گیر فقیهان و حقوق‌دانان اهل سنت قرار گرفته است؛ به گونه‌ای که مبنای فقهی قوانین مدنی درباره عقد استصناع در اکثر کشورهای اسلامی شناخته شده و اکثر فقیهان، حقوق‌دانان و اقتصاددانان و نویسندگان اهل سنت امروزه عقد استصناع را یکی از ابزار مهم بازار در بانکداری اسلامی مطرح نموده‌اند. ولی در امامیه، از میان فقهای گذشته، فقط شیخ طوسی در خلاف و مبسوط (ت ۶۶۰ق)، ابن حمزه در الوسیله (ت ۵۶۶ق) و ابن سعید در جامع‌الشرايع (ت ۶۸۹ق) بسیار گذرا به عقد استصناع اشاره کرده‌اند و از فقیهان معاصر تعداد اندکی عقد استصناع را از نظر ماهوی مطرح نموده، ولی آن را مفصل بررسی نکرده‌اند و عده‌ای از مراجع تقلید در پاسخ به پرسش از مشروعیت عقد استصناع به حد فتوا اکتفا کرده‌اند. البته نباید نادیده گرفت که برخی

نویسندگان امامی آثار مستقلی را به این موضوع اختصاص داده‌اند که در ادامه، برخی از آنها معرفی می‌گردد:

۱. عقد و اوراق استصناع، تألیف محمدنقی نظربور (۱۳۹۲ش): این

کتاب که در اصل رساله دکترای بوده، ماهیت عقد استصناع از منظر فقیهان اهل سنت و اهل تشیع را به اجمال مطرح کرده است.

۲. بررسی فقهی و حقوقی اوراق استصناع، نوشته احسان بازوکار

(۱۳۹۲ش): این کتاب از لحاظ محتوا و گستره بحث مثل تحقیق قبلی

است. فقط امیازش بر کتاب قبلی در این است که دیدگاه برخی حقوق‌دانان عرب، مثل سنهوری را افزوده است.

۳. قرارداد سفارش ماهیت در فقه و حقوق، تألیف محمد صادقی

(۱۳۹۳ش): در این کتاب نیز درباره ماهیت و مشروعیت عقد استصناع

از منظر فقه امامیه و عامه بحث شده است.

۴. قرارداد سفارش ساخت، نوشته فادر شینوری (۱۳۹۳ش): این

کتاب مشابه کتاب پیشین است.

۵. ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران، نوشته سعید منصوری

(۱۳۸۹ش): نویسنده در این کتاب، عقد استصناع را با دو فرض قرارداد

مستقل و غیرمستقل مطرح نموده است.

تحقیقات و فتاوای مذکور اعم از آنچه به صورت ضمنی یا مستقل به

قرارداد استصناع پرداخته‌اند، گرچه ارزشمندند و زمینه‌ساز تحقیقات بعدی

می‌باشند، از کاستی‌هایی نیز رنج می‌برند. آنچه برخی فقیهان مطرح نموده‌اند،

فقط در حد طرح بحث و بیان احتمالات درباره ماهیت استصناع می‌باشد.

فتوهای مراجع به شدت متعارض است: برخی گفته‌اند استصناع در قالب بیع

خاص است. برخی دیگر فتوا داده‌اند که در قالب عقد صلح است. عده دیگر در قالب عقد اجاره می‌دانند. گروه دیگر فتوا داده‌اند که استصناع عنوانی کلی است که براساس قصد طرفین قرارداد بر عقود مختلف انطباق پذیر است. برخی دیگر فتوا داده‌اند که عقد مستقل است و عده دیگر فتوا داده‌اند که قرارداد برای فروش است. تحقیقاتی که به طور مستقل انجام شده نیز یا قلمروی گسترده‌ای دارد؛ مانند قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق و قرارداد سفارش ساخت و طبیعی است که در چنین تحقیقاتی فقط به طرح کلیات مباحث اکتفا می‌گردد یا از نظر قلمرو، محدود به حقوق ایران است؛ مانند کتاب ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران؛ در حالی که پژوهش حاضر از حیث قلمرو به عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان محدود است. در این پژوهش در حد توان گام‌های جدیدی برداشته شده است:

اولاً: با بررسی و ارزیابی تعاریف فقیهان متقدم و متأخر حنفی و امامیه از عقد، تعریف نسبتاً جامعی پیشنهاد شد است.

ثانیاً: با بررسی و ارزیابی تعاریف مختلف که فقیهان حنفی و امامیه از عقد استصناع مطرح کردند، تعریف برگزیده‌ای ارائه گردیده است.

ثالثاً: ماهیت عقد استصناع به خصوص در فقه امامیه و در فتواهای متعدد و متعارض مراجع با توجه به مفهوم و ویژگی‌های عقد استصناع عرفی حاکم در معاملات متداول مردم مورد بررسی و ارزیابی قرار گرفته و در نهایت به این نتیجه منتهی شد که عقد استصناع در قالب هیچ‌یک از عقود معین و متعارف نمی‌گنجد و فتوای آن دسته از مراجع تأیید شد که استصناع را عقد مستقل و دارای ماهیت، ادله مشروعیت، شرایط، احکام و آثار مخصوص به خود می‌دانند.

رابعاً: ادله‌ای که فقیهان حنفی بر مشروعیت استصناع اقامه نموده‌اند، تبیین و سپس نقد شد و در نهایت منتج به این نتیجه گردیده که اصلی‌ترین دلیل مشروعیت آن، عمومات «اوفوا بالعقود»، «تجارت عن تراض»، «احل الله البيع» و... می‌باشد.

خامساً: شرایط عقد استصناع، به خصوص از نظر فقه امامیه، در تحقیقات موجود به درستی تبیین نگردیده است. در این پژوهش سعی شد تا با توجه به مفهوم و تعریف‌های عقد استصناع، شرایط اختصاصی آن تبیین گردد.

ششم: در پژوهش‌ها، به خصوص در فقه حنفی، ماهیت، ادله مشروعیت و با حدودی شرایط استصناع بحث شده است، ولی احکام عقد استصناع در فقه حنفی و حقوق افغانستان در حد بسیار جزئی مطرح گردیده است و در فقه امامیه، برخی فقاهان در فتوای خود استصناع را عقد لازم دانسته‌اند و بیش از این مطرح نشده است. در این پژوهش سعی شده است تا در حد توان به احکام، مثل لزوم و جواز و جریان خیار در عقد استصناع، با توجه به قواعد عمومی قراردادها، مفهوم و ماهیت این قرارداد و شرایط خاص جریان خیار، پرداخته شود.

سابعاً: از آنجا که هنوز درباره آثار عقد استصناع در فقه حنفی و فقه امامیه بحث جدی صورت نگرفته، این مبحث عمدتاً طبق مادی از قانون مدنی افغانستان مطرح می‌گردد که در ارتباط با عقد استصناع درج شده است.

در اینجا بر خود لازم می‌دانم که از مسئولین محترم جامعه المصطفی بیت‌المصطفی العالمیه به خصوص حضرت آیت‌الله دکتر اعرافی و

مسئولین مؤسسه عالی علوم انسانی تشکر کنم که زمینه تحصیل تشنگان علم و پژوهش را فراهم کرده‌اند و همچنین از استاد عزیزم جناب حجت الاسلام والمسلمین دکتر شبیری، قدردانی می‌شود که با راهنمایی‌های عالمانه خود در تکوین این اثر نقش جدی ایفا نموده است. همچنین از داور محترم جناب دکتر علیرضا انتظاری و ارزیاب محترم جناب حجت الاسلام والمسلمین دکتر سلیمی سپاس گزارم که با تذکرات علمی و فنی به غنای این اثر افزودند. از انتشارات المصطفی که چاپ این اثر را تقبل کرده‌اند و همچنین از همسر گرامی و صبورم و فرزندان عزیزم که در سال‌های تحصیل و تدوین این اثر رنج‌هایی را بر خود هموار ساخته، با پدیداری در برابری کاستی‌های فراوان زندگی یاری‌ام کردند، متشکرم.

سید موسی علوی

۱۳۹۶/۱۰/۲۸