



مؤسسه عالی علوم انسانی

## پایان نامه کارشناسی ارشد

رشته حقوق خصوصی

عقد استصناع

از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان

استاد راهنما

حجت الاسلام والمسلمین دکتر سید حسن شبیری زنجانی

استاد داور

دکتر علیرضا انتظاری

دانش پژوه: سید موسی علوی، کد تحصیلی ۱۱۵۱۴۲۴

شهریور ۱۳۹۵



- ✓ مسئولیت مطالب مندرج در این پایان نامه به عهده نویسنده می باشد.
- ✓ هرگونه استفاده از این پایان نامه با ذکر منبع بلا اشکال و نشر آن در داخل کشور منوط به اجازه جامعه المصطفی (ص) العالمیه است.

## تقدیم

این اثر ناچیز را به محضر پیام‌آور مهربانی، صلح و هدایت، حضرت محمد بن عبد الله صلی الله علیه و آله و خاندان معصوم ایشان علیه السلام تقدیم می‌کنم.

## تقدیر و تشکر

از استاد بزرگوارم، حضرت حجت الاسلام و المسلمین آقای دکتر سیدحسن شبیری زنجانی که در طرح و تدوین نوشته حاضر زحمت فراوان کشیده، با دقت موشکافانه و بزرگووارانه راهنمایی ام کرده است، بی نهایت سپاسگزارم؛ نیز از رییس محترم جامعه المصطفی (ص) العالمیه، حضرت آیت الله، دکتر علیرضا اعرافی، رئیس محترم مؤسسه آموزش عالی علوم انسانی آقای دکتر حاجی ده‌آبادی، گروه حقوق، مخصوصاً مدیر محترم گروه حضرت حجت الاسلام و المسلمین آقای دکتر محمدجواد ارسطا، بخش پایان‌نامه و دیگر مسئولان ذیربطی که زمینه تدوین این نوشته را فراهم کرده اند، تشکر می‌نمایم.

همچنین از همسر گرامی و فرزندان عزیزم که در سال‌های تحصیل و تدوین این پایان‌نامه تحمل رنج‌ها را بر خود هموار ساخته، با بردباری در برابر کاستی‌های زندگی یاری ام کردند، متشکرم.

## چکیده

استصناع قراردادی است که به موجب آن، سفارش ساخت کالایی به طرف مقابل داده می‌شود و او نیز متعهد می‌گردد که با مواد اولیه خود کالای مورد سفارش را ساخته، به سفارش‌دهنده تحویل دهد و بهای آن را در مجلس عقد و یا پس از تحویل به صورت تدریجی و متناسب با پیشرفت کار دریافت نماید. مسأله اصلی پژوهش حاضر این است که وضعیت حقوقی قرارداد استصناع و احکام آن، از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان از لحاظ اعتبار مشروعیت، شرایط، احکام و آثار چگونه است. یافته این تحقیق این است که قرارداد استصناع از نظر فقیهان حنفی و اکثریت قریب به اتفاق فقیهان امامیه یک قرارداد مشروع و معتبر است. برای مشروعیت آن به قرآن، سنت، استحسان، اجماع عملی، حاجت و سیره متشرعه استناد گردیده است. تفاوت دو رویکرد شیعی و حنفی در باب اثبات مشروعیت این است که «استحسان» و «اجماع عملی» از منظر فقه حنفی اصلی‌ترین دلایل اند؛ در حالی که از منظر فقه امامیه «عمومات اوفوا بالعقود» و «تجارة عن تراض» اصلی‌ترین دلایل تلقی می‌شوند. ماهیت استصناع، شرایط و آثار آن از مسایل دیگر پایان نامه است که در راستای رسیدن به مسأله اصلی مورد پژوهش قرار گرفته اند. هرچند برخی از حنفی‌ها آن را وعده خوانده‌اند، ولی از نظر اکثریت فقیهان حنفی بیع خاص و از دیدگاه اکثریت فقیهان معاصر حنفی و حقوق افغانستان عقد مستقل و دارای ماهیت، شرایط، احکام و آثار خاص می‌باشد. در فقه امامیه راجع به ماهیت این قرارداد دیدگاه غالبی وجود ندارد؛ اما گروهی از ایشان آن را قرارداد مستقل، پاره ای دیگر، آن را بیع بسیط مستقل و دسته سوم آن را تابع قصد طرف‌های قرارداد و گروه چهارم آن را مرکب از چند قرارداد می‌دانند. در باره شرایط قرارداد استصناع فقه حنفی، فقه امامیه و حقوق افغانستان دیدگاه واحدی ندارند. از نظر جمهور فقیهان حنفی، متعارف بودن و عدم تعیین مدت از شرایط تلقی شده است؛ در حالی که از نظر فقیهان معاصر حنفی و امامیه و حقوق افغانستان، متعارف بودن جزء شرایط نیست. نسبت به احکام قرارداد استصناع نیز دیدگاه واحدی وجود ندارد. اکثریت فقیهان متقدم حنفی آن را جایز، و امامیه و حقوق افغانستان و اکثریت فقیهان معاصر حنفی آن را لازم دانسته‌اند. بیشتر خیارات مشترک و عقلائی نیز از دیدگاه فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان در عقد استصناع قابل جریان است.

**واژگان کلیدی:** عقد استصناع، قرارداد سفارش ساخت، فقه امامیه، فقه حنفی، حقوق افغانستان، مشروعیت استصناع، ماهیت استصناع، شرایط استصناع، احکام و آثار استصناع.

.....	فهرست مطالب	أ
.....	مقدمه	١
.....	١. تبیین موضوع و بیان مسأله	١
.....	٢. سؤالات تحقیق	٢
.....	٢-١. سؤال اصلی تحقیق	٢
.....	٢-٢. سؤال های فرعی تحقیق	٢
.....	٣. سابقه و ضرورت تحقیق	٢
.....	٤. فرضیه تحقیق	٤
.....	٥. اهداف تحقیق	٤
.....	٦. روش تحقیق	٥
.....	٧. روش گردآوری	٥
.....	٨. قلمرو تحقیق	٥
.....	٩. ساختار تحقیق	٥

## فصل اول: کلیات

.....	مبحث اول: تعاریف و تقسیمات	٧
.....	گفتار اول: مفهوم عقد و اقسام آن	٧
.....	بند اول: مفهوم عقد	٧
.....	الف) عقد در لغت	٧
.....	ب) عقد در اصطلاح	٨
.....	١. عقد در فقه حنفی	٨
.....	٢. عقد در حقوق افغانستان	١٠
.....	٣. عقد در فقه امامیه	١١
.....	بند دوم: اقسام عقد	١٤
.....	الف) به لحاظ ترتب اثر مقصود	١٤
.....	١. عقد صحیح	١٤
.....	٢. عقد باطل	١٦
.....	ب) به لحاظ درجه الزام	١٦
.....	١. عقد لازم	١٦
.....	٢. عقد جایز	١٧
.....	ج) به لحاظ داشتن نام	١٧

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

۱. عقد معین ..... ۱۷

۲. عقد غیر معین ..... ۱۸

د) به لحاظ منشأ یا نتیجه اصلی ..... ۱۸

۱. عقد تملیکی ..... ۱۹

۲. عقد عهدی ..... ۱۹

ه) به لحاظ انگیزه انعقاد عقد ..... ۲۰

۱. عقد مغایبی ..... ۲۰

۲. عقود مسامحی ..... ۲۱

و) به لحاظ موضوع عقد ..... ۲۱

گفتار دوم: مفهوم عقد استصناع و ارکان آن ..... ۲۲

بند اول: مفهوم عقد استصناع ..... ۲۲

الف) استصناع در لغت ..... ۲۲

ب) استصناع در اصطلاح ..... ۲۳

۱. استصناع در فقه حنفی ..... ۲۳

۲. استصناع در حقوق افغانستان ..... ۲۵

۳. استصناع در فقه امامیه ..... ۲۷

بند دوم: ارکان عقد استصناع ..... ۲۹

الف) طرفین قرارداد ..... ۲۹

۱. سفارش دهنده یا مستصنع ..... ۲۹

۲. سفارش پذیر یا سازنده ..... ۳۰

ب) صیغه قرارداد ..... ۳۰

ج) مورد قرارداد ..... ۳۰

گفتار سوم: عقد استصناع و نهادهای مشابه ..... ۳۴

بند اول: عقد سلم و استصناع ..... ۳۵

الف) مشابهت ..... ۳۵

ب) تفاوتها ..... ۳۶

بند دوم: بیع عادی و استصناع ..... ۳۸

الف) مشابهتها ..... ۳۸

ب) تفاوتها ..... ۳۸

بند سوم: اجاره و استصناع ..... ۳۹

الف) مشابهتها ..... ۴۰

ب) تفاوتها ..... ۴۰



فهرست مطالب ..... ج

- بند چهارم: مقاله و استصناع ..... ۴۰
- مبحث دوم: پیشینه عقد استصناع ..... ۴۳
- گفتار اول: پیشینه عقد استصناع در فقه حنفی و حقوق افغانستان ..... ۴۳
- گفتار دوم: پیشینه عقد استصناع در فقه امامیه ..... ۴۶

## فصل دوم: ماهیت، ادله مشروعیت و شرایط عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان

- مبحث اول: ماهیت عقد استصناع ..... ۴۹
- گفتار اول: استصناع در قالب غیر عقد ..... ۴۹
- بند اول: وعده بودن عقد استصناع ..... ۵۰
- الف) دیدگاه موافقان ..... ۵۰
۱. دلایل موافقان ..... ۵۱
۲. نقد و بررسی دلایل موافقان ..... ۵۲
- ب) دیدگاه مخالفان ..... ۵۲
- بند دوم: امر به ساخت، به نحو تضمینی ..... ۵۳
- گفتار دوم: عقد استصناع در قالب عقود معین ..... ۵۵
- بند اول: بیع خاص ..... ۵۵
- الف) دیدگاه فقه حنفی ..... ۵۵
۱. استصناع عقد بیع بر عین ..... ۵۷
۲. استصناع، بیع عین مشروط بر عمل صانع ..... ۵۸
- ب) نظریات فتوایی برخی از فقیهان امامیه ..... ۵۹
- ج) نظریات استدلالی برخی از نویسندگان امامیه ..... ۶۲
- بند دوم: استصناع در قالب عقد بیع سلم ..... ۶۵
- بند سوم: استصناع در قالب اجاره اشخاص ..... ۶۹
- الف) فقه حنفی ..... ۶۹
- ب) فقه امامیه ..... ۷۱
- بند چهارم: استصناع در قالب عقد صلح ..... ۷۳
- گفتار سوم: عقد استصناع در قالب عقود مرکب ..... ۷۴
- بند اول: مرکب از اجاره و بیع ..... ۷۵
- بند دوم: مرکب از وکالت، بیع و اجاره ..... ۷۷

.....	د	عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان
.....	۷۸	بند سوم: مرکب از عقد مستقل و بیع
.....	۷۹	بند چهارم: عنوان کلی متتبع از عقود مختلف
.....	۸۲	گفتار چهارم: عقد استصناع در قالب عقد مستقل
.....	۸۲	بند اول: فقه حنفی
.....	۸۴	الف) نقد نظریه استصناع در قالب بیع
.....	۸۴	ب) نقد نظریه استصناع در قالب عقد اجاره
.....	۸۴	ج) نقد نظریه استصناع در قالب وعده
.....	۸۵	بند دوم: فقه امامیه
.....	۸۶	الف) عقد مرکب بودن استصناع
.....	۸۸	ب) عقد بسیط بودن استصناع
.....	۸۹	بند سوم: حقوق افغانستان
.....	۹۱	مبحث دوم: ادله مشروعیت عقد استصناع
.....	۹۱	گفتار اول: ادله مشروعیت عقد استصناع از منظر فقه حنفی
.....	۹۵	بند اول: آیات و روایات
.....	۹۶	الف) آیات
.....	۹۷	ب) روایات
.....	۱۰۱	بند دوم: اجماع عملی
.....	۱۰۳	بند سوم: نیاز و حاجت
.....	۱۰۵	گفتار دوم: ادله مشروعیت عقد استصناع از منظر فقه امامیه
.....	۱۰۵	بند اول: عمومات و اطلاعات
.....	۱۱۰	بند دوم: سیره متشرعه
.....	۱۱۳	مبحث سوم: شرایط عقد استصناع
.....	۱۱۴	گفتار اول: معلوم بودن مصنوع
.....	۱۱۴	بند اول: در فقه حنفی
.....	۱۱۵	بند دوم: در حقوق افغانستان
.....	۱۱۵	بند سوم: در فقه امامیه
.....	۱۱۷	گفتار دوم: متعارف بودن مصنوع
.....	۱۱۹	گفتار سوم: تعیین مدت
.....	۱۱۹	بند اول: فقه حنفی

فهرست مطالب ..... ۵

- بند دوم: حقوق افغانستان ..... ۱۲۲
- بند سوم: فقه امامیه ..... ۱۲۳
- گفتار چهارم: تهیه مواد توسط صانع ..... ۱۲۴
- بند اول: فقه حنفی ..... ۱۲۴
- بند دوم: حقوق افغانستان ..... ۱۲۵
- بند سوم: فقه امامیه ..... ۱۲۶

## فصل سوم: احکام و آثار عقد استصناع

### از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان

- مبحث اول: احکام عقد استصناع ..... ۱۲۹
- گفتار اول: لزوم و جواز عقد استصناع از منظر فقه حنفی و حقوق افغانستان ..... ۱۳۰
- بند اول: فقه حنفی ..... ۱۳۰
- الف) تعیین محل نزاع ..... ۱۳۰
- ب) اقوال و نظریات ..... ۱۳۲
۱. قبل از شروع عمل ساخت ..... ۱۳۲
۲. بعد از ساخت کالا و پیش از عرضه آن به سفارش دهنده ..... ۱۳۵
۳. بعد از ساخت کالا و عرضه آن به سفارش دهنده ..... ۱۳۶
- ۱-۳. مطابقت کالای ساخت شده با سفارش ..... ۱۳۶
- ۲-۳. عدم مطابقت کالای ساخته شده با سفارش ..... ۱۳۸
- بند دوم: حقوق افغانستان ..... ۱۳۸
- بند سوم: فقه امامیه ..... ۱۳۹
- گفتار دوم: جریان خیارات در عقد استصناع ..... ۱۴۱
- بند اول: مفهوم خیار ..... ۱۴۲
- الف) خیار در لغت ..... ۱۴۲
- ب) خیار در اصطلاح ..... ۱۴۳
- بند دوم: خیار مجلس ..... ۱۴۴
- الف) مفهوم خیار مجلس ..... ۱۴۴
- ب) جریان خیار مجلس در عقد استصناع ..... ۱۴۵
- بند سوم: خیار حیوان ..... ۱۴۶
- الف) مفهوم خیار حیوان ..... ۱۴۶

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

- ۱۴۷..... (ب) جریان خیار حیوان در عقد استصناع
- ۱۴۸..... بند چهارم: خیار تأخیر.....
- ۱۴۸..... الف) مفهوم خیار تأخیر.....
- ۱۴۹..... (ب) جریان خیار تأخیر در عقد استصناع.....
- ۱۵۰..... بند پنجم: خیار شرط.....
- ۱۵۰..... الف) مفهوم خیار شرط.....
- ۱۵۰..... ۱. مفهوم خیار شرط در فقه حنفی.....
- ۱۵۰..... ۲. مفهوم خیار شرط در فقه امامیه.....
- ۱۵۱..... ۳. مفهوم خیار شرط در حقوق افغانستان.....
- ۱۵۱..... (ب) مدت خیار شرط.....
- ۱۵۲..... (ج) جریان خیار شرط در عقد استصناع.....
- ۱۵۳..... بند ششم: خیار غبن.....
- ۱۵۳..... الف) مفهوم خیار غبن.....
- ۱۵۴..... (ب) شرایط جریان خیار غبن در عقود.....
- ۱۵۵..... (ج) جریان خیار غبن در عقد استصناع.....
- ۱۵۶..... بند هفتم: خیار عیب.....
- ۱۵۶..... الف) مفهوم خیار عیب.....
- ۱۵۷..... (ب) شرایط خیار عیب.....
- ۱۵۷..... (ج) جریان خیار عیب در عقد استصناع.....
- ۱۵۸..... ۱. استصناع، بیع مستقل.....
- ۱۵۸..... ۲. استصناع، عقد مستقل.....
- ۱۵۸..... بند هشتم: خیار رؤیت.....
- ۱۵۸..... الف) مفهوم خیار رؤیت.....
- ۱۶۰..... (ب) جریان خیار رؤیت در قرارداد استصناع.....
- ۱۶۱..... ۱. جریان خیار رؤیت در فقه حنفی و حقوق افغانستان.....
- ۱۶۱..... ۲. جریان خیار رؤیت در عقد استصناع در فقه امامیه.....
- ۱۶۲..... بند نهم: خیار تدلیس.....
- ۱۶۲..... الف) مفهوم خیار تدلیس.....
- ۱۶۳..... (ب) جریان خیار تدلیس در عقد استصناع.....
- ۱۶۴..... بند دهم: خیار تبعض صفقه.....
- ۱۶۵..... الف) مفهوم خیار تبعض یا تفریق صفقه.....
- ۱۶۵..... (ب) جریان خیار تبعض صفقه در عقد استصناع.....

فهرست مطالب ..... ز

بند یازدهم: خیار تخلف شرط یا فوات وصف ..... ۱۶۶

الف) مفهوم خیار اشتراط ..... ۱۶۶

ب) شرایط خیار فوات وصف ..... ۱۶۷

ج) جریان خیار اشتراط در عقد استصناع ..... ۱۶۷

بند دوازدهم: خیار تفلیس ..... ۱۶۸

الف) مفهوم خیار تفلیس ..... ۱۶۸

ب) جریان خیار تفلیس در عقد استصناع ..... ۱۶۹

بند سیزدهم: خیار تعیین ..... ۱۷۰

الف) مفهوم خیار تعیین ..... ۱۷۰

ب) شرایط صحت خیار تعیین ..... ۱۷۰

ج) جریان خیار تعیین در عقد استصناع ..... ۱۷۱

مبحث دوم: آثار عقد استصناع ..... ۱۷۲

گفتار اول: حقوق و تکالیف ناشی از عقد استصناع ..... ۱۷۲

بند اول: حقوق و تکالیف سازنده ..... ۱۷۲

الف) تکالیف سازنده ..... ۱۷۳

۱. تهیه مواد اولیه ..... ۱۷۳

۲. انجام عمل ساخت طبق توافق طرفین ..... ۱۷۶

۳. انجام عمل ساخت خالی از عیب ..... ۱۷۷

۴. شروع عمل ساخت و انجام آن در مدت معقول ..... ۱۷۷

۵. تسلیم کالای ساخته شده در زمان مقرر ..... ۱۷۷

ب) حقوق سازنده ..... ۱۷۹

بند دوم: حقوق و تکالیف سفارش دهنده ..... ۱۷۹

الف) تکالیف سفارش دهنده ..... ۱۷۹

۱. پرداخت ثمن ..... ۱۸۰

۲. قبول کالای ساخته شده ..... ۱۸۰

ب) حقوق سفارش دهنده ..... ۱۸۱

۱. حق دریافت کالای ساخته شده ..... ۱۸۱

گفتار دوم: حقوق و تکالیف ناشی از تخلف عقد استصناع ..... ۱۸۱

بند اول: حقوق و تکالیف سازنده ..... ۱۸۲

الف) تکالیف سازنده ..... ۱۸۲

۱. رفع عیب ..... ۱۸۲

۲. تسریع در رفع عیب ..... ۱۸۲

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

- ب) حقوق سازنده ..... ۱۸۲
۱. حق فسخ یا حق مطالبه فسخ ..... ۱۸۳
۲. حق درخواست جبران خسارت ..... ۱۸۳
۳. حق حبس ..... ۱۸۴
- بند دوم: حقوق و تکالیف سفارش دهنده ..... ۱۸۵
- الف) تکالیف سفارش دهنده ..... ۱۸۵
۱. تکلیف به پذیرش کالای ساخته شده ..... ۱۸۵
۲. جبران خسارت سازنده در صورت عدم پذیرش کالا ..... ۱۸۵
- ب) حقوق سفارش دهنده ..... ۱۸۶
۱. عدم پذیرش کالای ساخته شده ..... ۱۸۶
۲. مطالبه جبران خسارت از سازنده ..... ۱۸۶
۳. مطالبه رفع عیب کالا ..... ۱۸۷
۴. مطالبه تنزیل قیمت ..... ۱۸۷
۵. مطالبه هزینه رفع عیب ..... ۱۸۷
۶. حق فسخ قرارداد استصناع ..... ۱۸۷
- ۱-۶. عدم شروع کار ساخت در زمان مقرر ..... ۱۸۸
- ۲-۶. عدم تسلیم کالای مورد سفارش در وقت مقرر ..... ۱۸۸
- ۳-۶. عدم رفع کالا در مدت تعیین شده توسط سازنده ..... ۱۸۸

نتایج ..... ۱۹۰

منابع ..... ۱۹۵

- الف) کتاب های فارسی ..... ۱۹۵
- ب) کتاب های عربی ..... ۱۹۷
- ج) مقالات فارسی ..... ۲۰۴
- د) مقالات عربی ..... ۲۰۴
- ه) سایت ها ..... ۲۰۵
- و) قوانین و مقررات ..... ۲۰۵

## مقدمه

### ۱. تبیین موضوع و بیان مسأله

قرارداد استصناع یا قرارداد سفارش ساخت بدین معنا است که یکی از طرفین قرارداد در مقابل مبلغ معین، ساخت و تحویل کالای مشخصی را در زمان معین به طرف دیگر به عهده گیرد. این قرارداد امروزه بدون شک در سطحی بسیار گسترده، مورد استفاده قرار گرفته است، قلمرو آن از موارد جزئی و کم‌اهمیت تا موارد کلی و پُر اهمیت مانند سفارش ساخت کشتی‌های غول‌پیکر، ناوهای هواپیمابر و احداث نیروگاه‌های هسته‌ای را شامل می‌شود. قرارداد استصناع در دنیای امروز به اندازه‌ای مهم است که اگر از جامعه کنونی حذف گردد، جامعه در حوزه معاملات با مشکلات جدی مواجه می‌گردد.

قرارداد استصناع به حسب ظاهراز لحاظ برخی خصوصیات مثل عدم وجود مثنی و عدم لزوم پرداخت کامل ثمن هنگام انعقاد قرارداد، با قراردادهای متعارف تفاوت دارد؛ به همین دلیل مشروعیت عقد استصناع جز در قالب بیع سلم، از منظر اکثر مذاهب فقهی به استثنای فقه حنفی مورد تردید واقع شده است؛ ولی به علت احساس نیاز به عقد استصناع در معاملات روز مره به خصوص در عصر حاضر، نظریه مشروعیت عقد استصناع مورد استقبال چشمگیر فقیهان و حقوقدانان اهل سنت قرار گرفته است؛ به طوری که به عنوان مبنای فقهی قوانین مدنی نسبت به عقد استصناع در اکثر کشورهای اسلامی شناخته شده است و اکثر فقیهان، حقوقدانان، اقتصاد دانان و نویسندگان مشهور اهل سنت در حالی حاضر، عقد استصناع را یکی از ابزارهای مهم بازار در بانکداری اسلامی مطرح نموده‌اند.

عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان..... ۲

هرچند که قرارداد داد استصناع در دنیای اهل سنت از پیشینه و جایگاه بیشتری برخوردار است؛ اما برخی از فقیهان و اقتصاد دانان تشیع نیز در این اواخر با درک اهمیت عقد استصناع در بانکداری اسلامی، بدان پرداخته‌اند.

مسئله اصلی پژوهش حاضر آنست که جایگاه حقوقی قرارداد استصناع و احکام آن را از دیدگاه دو رویکرد فقهی مطرح در دنیای اسلام، یعنی فقه امامیه و فقه حنفی و نیز حقوق افغانستان به صورت تطبیقی مورد بحث و بررسی قرار دهد و موارد تشابه و تمایز رویکردهای مزبور به این قرارداد مهم و نقاط قوت و ضعف هرکدام را تبیین نماید.

## ۲. سؤالات تحقیق

### ۲-۱. سؤال اصلی تحقیق

وضعیت حقوقی عقد استصناع، احکام و آثار آن، از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان چگونه است؟

### ۲-۲. سؤال های فرعی تحقیق

در راستای تبیین و رسیدن به پاسخ سؤال اصلی مزبور، لازم است به سؤالات فرعی زیر نیز پرداخته شود:

۱- مفهوم و ماهیت عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان چیست؟

۲- دلایل مشروعیت عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان کدامند؟

۳- شرایط قرارداد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان کدامند؟

## ۳. سابقه و ضرورت تحقیق

عقد استصناع در فقه اهل سنت به خصوص در فقه حنفی از گذشته دور مورد توجه بوده است. در حال حاضر نیز به طور گسترده و در سطح وسیعی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است؛ به گونه‌ای که همایش‌های علمی در سطح بین‌المللی در کشورهای اسلامی برگزار و تا حدودی ابعاد و زوایای مبهم آن تبیین گردیده است. به تبع فقه حنفی، در قوانین مدنی کشورهای مبتنی بر آن، فصلی به عقد



استصناع اختصاص داده شده است. اما بر خلاف فقه حنفی در فقه امامیه، عقد استصناع چندان مورد توجه فقیهان قرار نگرفته است؛ از میان فقهای گذشته تنها شیخ طوسی در «خلاف» و «مبسوط» (ت ۶۷۰ق)، ابن حمزه در الوسيله (ت ۵۶۶ ق) و ابن سعید در جامع الشرایع (ت ۶۸۹ ه ق) به صورت بسیار گذرا به عقد استصناع اشاره کرده‌اند و از فقیهان معاصر تعداد اندکی عقد استصناع را از نظر ماهوی مطرح نموده ولی به بررسی مفصل آن پرداخته‌اند. البته نباید نادیده گرفت که برخی از نویسندگان امامی آثار مستقلی را به این موضوع اختصاص داده‌اند که در ذیل یادآوری می‌گردد:

۱- عقد و اوراق استصناع، تألیف محمد نقی نظریور (۱۳۹۲ش)؛ این کتاب که در اصل رساله دکتری بوده است، ماهیت عقد استصناع از منظر فقیهان اهل سنت و اهل تشیع را به طور اجمال مطرح کرده است.

۲- بررسی فقهی و حقوقی اوراق استصناع، نوشته احسان بازوکار (۱۳۹۲ش)؛ این کتاب به لحاظ محتوا و گستره بحث مثل تحقیق قبلی است؛ فقط امتیازش نسبت به کتاب قبلی در این است که دیدگاه برخی از حقوق‌دانان عرب، مثل سنهوری را افزوده است.

۳- قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق، تألیف محمد صادقی (۱۳۹۳ش)؛ در این کتاب نیز ماهیت و مشروعیت عقد استصناع از منظر فقه امامیه و عامه مورد بحث قرار گرفته است.

۴- قرارداد ساخت، نوشته قادر 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 غیر مستقل مطرح نموده است.

تحقیقات فوق اعم از آنچه که به صورت ضمنی و یا مستقل به قرارداد استصناع پرداخته‌اند، گرچه ارزشمندند و زمینه‌ساز تحقیقات بعدی می‌باشند؛ ولی از کاستی‌هایی نیز رنج می‌برند. آنچه توسط برخی از فقیهان مطرح شده، فقط در حد طرح بحث و بیان احتمالات در باره ماهیت استصناع می‌باشد. تحقیقاتی که به طور مستقل انجام شده است نیز یا دارای قلمروی گسترده‌ای است؛ مانند قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق و قرارداد سفارش ساخت. طبیعی است که در چنین تحقیقاتی فقط به طرح کلیات مباحث اکتفا می‌گردد، و یا از نظر قلمرو محدود به حقوق ایران است؛ مانند کتاب ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران. در حالی که تحقیق حاضر از حیث قلمرو به عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان محدود است. در این تحقیق در حد توان

تلاش خواهد شد که ماهیت، مشروعیت، شرایط و احکام عقد استصناع در نهادهای فوق مورد بحث و مطالعه تطبیقی قرارگیرد تا وجوه اشتراک و تفاوت آنها در ماهیت، دلایل مشروعیت، شرایط، احکام و آثار عقد استصناع روشن و نقاط قوت و ضعف هر یک شناسایی و نقاط قوت تقویت، و نقاط ضعف برطرف گردد. به اضافه این که قانون مدنی افغانستان با الهام از فقه حنفی حدود ۱۵ ماده را به عقد استصناع اختصاص داده است. طبق جست و جوی صورت گرفته به جز یک مقاله، تحقیق مفصلی در ارتباط با تفسیر مواد فوق صورت نگردیده است، طبیعی است که مواد متعدد فوق به تبیین، تشریح و تطبیق بسیار بیشتر از یک مقاله نیازمند می باشند؛ بنابراین، تحقیق حاضر هم به لحاظ بدیع بودن و هم به لحاظ کاربردی بودن نسبت به قانون مدنی افغانستان و هم به لحاظ جایگاه فقه حنفی در میان اهل سنت ضروری به نظر می رسد.

#### ۴. فرضیه تحقیق

فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان در باره وضعیت حقوقی قرارداد استصناع اختلاف نظر دارند؛ فقهای متقدم و متأخر حنفی، در باره مشروعیت عقد استصناع اختلاف قابل توجهی ندارند، ولی فقیهان پیشین حنفی ماهیت استصناع را عقد بیع مستقل و فقیهان متأخر و حقوق افغانستان آن را عقد مستقل می دانند؛ در فقه امامیه، گرچه در متون پیشین، قرارداد استصناع به تفصیل مورد بحث قرار نگرفته است؛ ولی نظر غالب فقیهان معاصر امامی مشروعیت آن است اما نسبت به ماهیت آن، نظر غالبی وجود ندارد. از حیث احکام از نظر جمهور فقیهان سنی حنفی عقد جایز است ولی از منظر فقیهان معاصر حنفی، حقوق افغانستان و فقیهان معاصر امامیه، که به این بحث پرداخته اند، عقد لازم می باشد و اکثر خیرات عقلایی در عقد استصناع قابل جریان است.

#### ۵. اهداف تحقیق

هدف از این تحقیق، رفع اجمال، تفسیر مواد مفصل قانون مدنی افغانستان در بخش عقد استصناع، غنی سازی ادبیات حقوقی آن، کمک به حقوق دانان، وکلا، قضات نسبت به دعاوی مرتبط به عقد استصناع و رفع خلأ نسبت به مسایل مستحدثه ای که وجود دارد و تا هنوز در فقه امامیه مطرح نشده است، می باشد.

## ۶. روش تحقیق

روش این تحقیق، توصیفی، تطبیقی و تحلیلی است.

## ۷. روش گردآوری

مطالب ابتدا از کتاب‌های مرتبط و نرم‌افزارهای فقهی فیش‌برداری و سپس تدوین گردیده است. بنابراین در این تحقیق مطالب با استفاده از روش کتابخانه‌ای، فیش‌برداری گردآوری شده است.

## ۸. قلمرو تحقیق

این تحقیق به لحاظ زمانی، به دوره خاصی محدود نمی‌باشد. قلمرو موضوعی آن به فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان محدود می‌باشد.

## ۹. ساختار تحقیق

هر پژوهشی برای تبیین تفصیلی مسأله، رایه پاسخ آن و رسیدن به هدف پژوهش، در آغاز به رایه مجموعه‌ای از مطالب مقدماتی و سپس به توضیح مباحث اصلی نیاز دارد که پاسخ تفصیلی مسأله تحقیق محسوب می‌شود؛ بدین سبب فصل اول پژوهش برای بیان مطالبی شکل گرفته است که نسبت به فصول بعدی جنبه مقدماتی دارد. این و پژوهش در سه فصل به شرح زیر سامان یافته است:

در فصل اول، به مفهوم عقد و اقسام آن، مفهوم عقد استصناع و ارکان آن، رابطه استصناع و نهادهای مشابه آن، و پیشینه عقد استصناع در فقه حنفی، حقوق افغانستان و فقه امامیه پرداخته شده است. پس از آشنایی با مباحث مقدماتی فوق لازم است که ماهیت، ادله مشروعیت و شرایط عقد استصناع از منظر فقه حنفی، فقه امامیه و حقوق افغانستان مورد بررسی قرارگیرد؛ از این‌رو فصل دوم در ضمن سه مبحث ارائه شده است. از آن‌جا که مبحث ماهیت نسبت به ادله مشروعیت جنبه مقدماتی دارد، بر مبحث ادله مشروعیت مقدم داشته شده و سپس در مبحث سوم، شرایط قرارداد استصناع از قبیل معلوم بودن، متعارف بودن مصنوع، تعیین مدت و تهیه مواد بر عهده سازنده مطرح گردیده است.

## عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان..... ۶

بحث آثار و احکام که طبیعتاً متأخر از دیگر مباحث است، فصل سوم عهده‌دار آن شده و از سه منظر فقه حنفی، فقه امامیه و حقوق افغانستان، در ضمن دو مبحث بدان پرداخته است. در مبحث اول احکامی مانند لزوم و جواز و جریان خیارات در عقد استصناع مورد بحث و بررسی قرار گرفته و در مبحث دوم حقوق و تکالیف ناشی از عقد یا تخلف از عقد سازنده و سفارش دهنده مورد بحث قرار گرفته است.