

تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۵/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۷/۱۰

## تحلیل مفهوم عقد استصناع

عباس دهقانی نژاد<sup>\*۱</sup>

حسین عابدینی<sup>۲</sup>

۱. دکتری فلسفه و کلام اسلامی دانشگاه آزاد، واحد علوم تحقیقات، تهران، ایران.

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

### چکیده

یکی از قراردادهایی که در میان عرف، رواج زیادی دارد، «عقد استصناع» است. مراد از استصناع این است که کسی از سازنده‌ای بخواهد مالی را براساس شرایطی که به او می‌گوید، با مواد اولیه در اختیار خودش، ساخته و قیمت آن را دریافت کند، مثل سفارش ساخت در، پنجره و... . این مقاله بر آن است که در ابتدا جایگاه عقد استصناع را در فقه اسلامی تبیین کند (مبحث اول)، سپس انطباق آن را بر بعضی از عقود معین در حقوق مدنی ایران بررسی کند. (مبحث دوم) و در نهایت، مشروعیت و شمول م ۱۰ق.م. را بر آن اثبات کند. (مبحث سوم) این عقد در میان اهل سنت، صحیح دانسته شده، ولی مهمترین نظری که در میان امامیه بیان شده، حاکی از بطلان آن است. قوانین ایران این عقد را در شمار عقود معین نیاورده‌اند و بر انطباق آن بر یکی از اقسام عقود معین، اشکالات زیادی وارد است، ولی می‌توان آن را مشمول م ۱۰ق.م. دانست.

**کلیدواژه‌ها:** استصناع، بیع سلم، اجاره، وکالت.

۱۵۷

فصلنامه مطالعات حقوق  
دولت اسلامی

تحلیل مفهوم عقد استصناع  
عباس دهقانی نژاد، حسین عابدینی

## مقدمه

یکی از آثار مهم گسترش جوامع، افزایش انواع قراردادهاست. مجموعه‌ای وسیع از قراردادها که بر مبنای اصل آزادی قراردادی و رضایت طرفین، منعقد و از محدوده عقود معین، خارج و براساس م.ق.م. تنظیم می‌شود.

یکی از این قراردادها که در عرف عامه، گسترش زیادی یافته «عقد استصناع» است. مراد از این عقد این است که کسی نزد صاحب صنعتی بیاید و از او بخواهد مالی را براساس ویژگی‌ها و شرایطی که در اختیار وی قرار می‌دهد، با مواد اولیه خودش ساخته و در مقابل، قیمت آن را دریافت کند. (جرجس، ۱۹۹۶: ۴۸ و رستم بازالبنانی، ۱۹۸۵: ۶۹)

در مناسبات حقوقی و اقتصادی عصر حاضر، از این عقد به میزان گسترده‌ای استفاده می‌شود؛ به گونه‌ای که نمونه‌های فراوانی از آن در سطح جامعه متداول است: سفارش انجام کارهای هنری مانند نقاشی و خطاطی، سفارش دوخت کفش، سفارش ساخت مصنوعات ویژه‌ای مانند هواپیما یا کشتی و... که همگی براساس ویژگی‌های موردنظر سفارش‌دهنده انجام می‌شود.

بنابراین استفاده گسترده از این معامله و تأمین نیازهای فردی و اجتماعی از مسیر آن و عدم طرح دقیق این موضوع، ضرورت بحث در مورد آن را بیش از پیش نمایان می‌سازد. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

اما در رابطه با این عقد سؤالاتی قابل طرح است:

ماهیت این عقد از دیدگاه فقهای اسلامی چیست و آیا از منظر ایشان، این قرارداد صحیح است؟

در صورت صحت، بر اساس مبانی موجود در حقوق ایران، آیا این عقد از جمله عقود معین است یا مشمول م.ق.م.؟ و نیز در صورت صحت، آیا این عقد، عقدی لازم است یا جایز؟

در مبحث اول این مقاله، ماهیت این قرارداد از دیدگاه فقهای اسلامی و نقد

نظرات آن‌ها بیان شده، در مبحث دوم، این عقد با بعضی از عقود معین که ظاهراً مشابهت زیادی با آن‌ها دارد، مقایسه و اشکالات تطبیق این عقد بر هر یک از اقسام آن عقود مفصلاً تبیین شده و در نهایت در فصل سوم، مشروعیت این عقد به عنوان عقدی مستقل و مشمول م ۱۰ق.م. اثبات شده است.

## مبحث اول: ماهیت استصناع در فقه اسلامی

### بخش اول: فقه اهل سنت

اکثر اهل سنت بر صحت این عقد متفقند و اختلافشان در مبنای پذیرش آن است. بیشتر ایشان آن را نوعی بیع سلم و صحیح دانسته‌اند، اما برخی دیگر معتقدند استصناع، نوعی بیع معدوم است که برخلاف قاعده و براساس استحسان صحیح دانسته شده است.

### آرای فقهای حنفی

سرخسی می‌گوید: «اگر شخصی به دیگری سفارش دهد که برایش ظرفی از مس بسازد، قیاس، حکم می‌کند که این قرارداد جایز نباشد، زیرا کالای مورد سفارش که فروخته می‌شود، مجهول است و فروش معدوم صحیح نیست، چراکه رسول اکرم (ص) از بیع چیزی که نزد انسان موجود نیست منع فرموده. اما ما در این رابطه، قیاس را ترک می‌کنیم، زیرا مردم از زمان حضرت رسول (ص) تاکنون با این قرارداد، داد و ستد کرده‌اند و آنچه مردم بدان تعامل داشته باشند و کسی متعرض آن نشود، از اصول مهم است. چون رسول اکرم (ص) فرمود: «مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا، فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ» و فرمود: «لَا تَجْمَعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ».  
(سرخسی، ۱۹۸۳، ج ۱۲: ۱۳۸)

از دیدگاه برخی حنفیه، استصناع قبل از ساخته شدن و بعد از ساخته شدن مال تا قبل از رؤیت سفارش دهنده، قراردادی است جایز، پس اگر سازنده قبل از

رؤیت سفارش دهنده، مال ساخته شده را بفروشد، بیع صحیح است، زیرا آنچه عقد بر آن واقع شده عین کالای ساخته شده نبوده، بلکه مثل آن است که در ذمه سازنده است، اما اگر سفارش دهنده، مال را رؤیت کند، خیار سازنده ساقط می شود، چون عملاً با مالکیت سفارش دهنده، موافق و براین اساس، آن را به سفارش دهنده - و نه شخص دیگری - عرضه کرده است. (همان: ۱۳۹)

اکثر حنفیه استصناع را عقدی مستقل و دلیل مشروعیتش را استحسان دانسته اند، چراکه مردم زمان های مختلف این عقد را منعقد می کرده اند. (الزحیلی، ۱۹۸۹، ج ۴: ۶۳۲ و ابن عابدین، ۱۹۹۶، ج ۵: ۲۲۴)

### آرای فقهای شافعی

شافعیه معتقدند این عقد صحیح است. (سیوطی، ۱۴۰۷: ۷۸۹، الزحیلی، ۱۹۸۹، ج ۴: ۶۳۲ و الخن والبغاء، ۱۳۷۶، ج ۳: ۵۴)، اما خود شافعی می گوید: «اگر سفارش دهنده شرط کند که سازنده برایش تشتی از «مس و آهن» یا «مس و سرب» بسازد، روا نیست، زیرا این ها خالص نیستند تا مقدار هریک از آن دو شناخته شود و این شرط مثل رنگ در لباس، زیوری است که موجب دگرگونی ویژگی لباس نمی شود، اما ساختن مالی از دو ماده، نوعی افزایش در مال ساخته شده است». (شافعی، بی تا، ج ۳: ۱۳۱)

برداشت شافعیه از نظر شافعی مبنی بر این که وی از قائلین صحت این عقد بوده، در صورتی صحیح است که بگوییم: در فرضی که سفارش دهنده خواسته تشتی از «مس و آهن» یا «مس و سرب» برایش ساخته شود، اگر میزان هر یک از مواد ترکیبی معلوم باشد، براساس مفهوم مخالف نظر شافعی، استصناع صحیح است، اما نکته اصلی این جاست که هر فقیه برای اعلام رأی در مورد مسائل مختلف، براساس واقعیات موجود اظهار نظر می کند، نه عقدی انتزاعی، لذا این برداشت از مفهوم مخالف نظر وی غیرقابل قبول است.

شافعیه دلیل مشروعیت این عقد را الحاق آن به بیع سلم می‌دانند و در نتیجه، تعریف و احکام مترتب بر آن را از بیع سلم وام می‌گیرند. (الموسوعه الفقهی، ۱۹۹۳، ج ۳: ۳۲۶ و جمعی از اساتید فقه اسلامی، ۱۳۹۱ق، ج ۷: ۹۲)

### آرای فقهای مالکی و حنبلی

استصناع از نظر اکثر مالکیه و حنابله، عقدی صحیح است، زیرا اساسش بیع سلم و عمل عرف است. (الزحیلی، بی تا، ج ۴: ۶۳۲) در موسوعه جمال عبدالناصر هم آمده: «مالکیه معتقدند استصناع همان بیع سلم است که تمامی شروط بیع سلم در آن شرط است و در نتیجه، این گروه از فقهاء آن را عقد مستقلی نمی‌دانند.» (۱۳۹۱ق، ج ۷: ۱۹۷) از نظر این دو گروه استصناع، بیع کالایی است که بر غیر از وجه سلم بار نشده و بر شروط آن منطبق است. (الخن والبغاء، ۱۳۷۶، ج ۳: ۵۴)

بخش دوم: فقه امامیه:

### آرای فقهای متقدم

در میان فقهای متقدم صرفاً «ابن حمزه طوسی» و «ابن احمد حلی» در حد جمله‌ای کوتاه نظرشان را بیان کرده‌اند: «هرکس از سازنده‌ای درخواست کند که چیزی برایش بسازد و او قبول کند، سازنده بین تسلیم و عدم تسلیم مال مختار است و سفارش دهنده هم مخیر است آن را قبول یا رد کند.» (ابن حمزه طوسی، ۱۳۶۷: ۲۴۱)

براساس نظر ایشان، این عقد صحیح و جایز، و این جواز از ناحیه طرفین است. از سوی دیگر با توجه به این که بحث از استصناع در باب بیع سلم مطرح شده، ظاهراً علت مشروعیت، از باب سلم دانستن آن بوده، اما ابن احمد حلی می‌گوید: «استصناع یعنی طلب ساختن چیزی و اگر صانع چنین کاری را انجام دهد، قرارداد برای سفارش دهنده، غیر لازم است و او می‌تواند آن را رد نماید.» (ابن احمد حلی، ۱۳۶۳: ۲۵۹)

ایشان نیز این عقد را صحیح می‌داند و به خاطر طرح این بحث در باب اقاله، وجه مشروعیت آنرا بیع بودن آن دانسته و قرارداد را صرفاً از ناحیه سفارش دهنده جایز شمرده است.

اما تأثیرگذارترین رأی را «شیخ طوسی» ابراز نموده و به نظر می‌رسد یکی از مهمترین عوامل عدم اظهار نظر فقهای بعدی در مورد استصناع، جایگاه ایشان در میان فقهاست. ایشان در المبسوط می‌گوید: «استصناع چکمه و کفش و ظرف چوبی و رویی و آهنی و مسی جایز نیست و سازنده می‌تواند آنرا تسلیم کند یا از تسلیم امتناع ورزد و اگر آنرا تسلیم کرد، سفارش دهنده مختار است که اگر خواست، از دریافتش خودداری کند و اگر خواست آنرا بپذیرد.» (شیخ طوسی، ۱۳۶۳، ج ۲: ۱۹۴) ایشان در «الخلاف» دلایل عدم مشروعیت این قرارداد را این گونه ارائه می‌کند: «این عقد، صحیح نیست. نظر شافعی هم همین است، ولی ابوحنیفه آنرا صحیح می‌داند، زیرا مردم بر آن اتفاق نظر دارند. دلایل ما بر بطلان این عقد، این است که اولاً: به اجماع مذهب ما واجب نیست که سازنده آنرا تسلیم کند، بر مشتری هم لازم نیست که آنرا تحویل بگیرد و حال آنکه اگر این قرارداد صحیح بود، نباید چنین باشد و ثانیاً: مال مورد سفارش، مجهول بوده و نه با مشاهده مشخص شده (یعنی نه عین آن معلوم است) و نه با بیان ویژگی‌ها و صفاتش (یعنی نه از طریق ویژگی‌ها که بگوئیم کلی در ذمه است)، لذا این عقد نباید جایز باشد.» (شیخ طوسی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۴۲)، بنابراین ایشان با رأی به بطلان این عقد داده، اما این استدلال خالی از اشکال نیست:

(۱) با توجه به بررسی‌هایی که انجام شد، فقط ابن حمزه، ابن‌احمد و شیخ طوسی هستند که مستقلاً در باب استصناع مطالبی را بیان داشته‌اند، لذا این اجماع ادعایی مورد قبول نیست، زیرا با سه نفر، اجماعی تشکیل نمی‌شود.

(۲) با فرض وجود اجماع، ابن حمزه و ابن‌احمد، مخالف این ادعا، نظر داده و استصناع را صحیح دانسته‌اند، بنابراین برخلاف این ادعا، بطلان، اجماعی نیست.

۳) مشهور فقهاء معتقدند اکثر اجماعات مورد استناد شیخ طوسی، اجماع لطفی است. (محمدی، ۱۳۷۵، ج ۳: ۲۱۴) توضیح آن که «طریقه لطف» مبتنی بر وجوب لطف خداوند است؛ طوری که هرگاه علمای عصری بر حکمی از احکام شرعیه، اتفاق داشتند، مثلاً همگی فتوا به وجوب نماز جمعه در عصر غیبت دادند و احدی از علمای آن عصر با این رأی مخالفت نکرد، ما به حکم عقل یقین پیدا می‌کنیم که این اجماع مطابق با واقع بوده و حاکی از رأی مبارک امام عصر است. به دلیل آن که اگر این اتفاق نظر اشتباه و مخالف با رأی امام باشد، هر آینه بر امام واجب است که از باب قاعده لطف جلوی تحقق این اجماع را بگیرد: یا خود امام بیاید و اظهار مخالفت کند یا با تصرفات ولایی خود، فردی از علما را برانگیزد و رأی او را برگرداند تا با مخالفتش اجماعی درست نشود... اما این استدلال، قابل خدشه است، چراکه اگر قانون لطف، چنین اقتضایی دارد، این امر اختصاصی به مسائل مورد اجماع علماء یک عصر یا چند عصر ندارد و در سایر مسائل اختلافی علماء هم اظهار حق و ردّ نظر غیرحق بر امام لازم است، زیرا مسلماً احکام زیادی در میان علماء اختلافی است که حق با یکی از آنان بوده و صرفاً نشر یکی از آنها مطابق با واقع است.

۴) با فرض وجود اجماع، این اجماع، دلیلی بر «جواز» عقد است، نه «بطالان» آن، چون به نظر می‌رسد آنچه مورد اجماع علماء بوده، جواز عقد بوده، چراکه عقد جایز عقدی است که هر یک از طرفین هر زمان که بخواهد می‌تواند آنرا فسخ کند، لذا در فرض ما چنانچه سازنده مختار باشد که آنرا تسلیم کند یا در صورت تمایل دستمزد دریافتی را پس بدهد و از طرف دیگر، مشتری هم اختیار داشته باشد که اگر مایل بود، آنرا تحویل بگیرد یا نگیرد، این امر دلیل بر جواز است، نه بطلان و اگر غیر این باشد، عقود جایزی مثل مضاربه باید باطل باشد. مستمسک ما در اثبات این ادعاء آن است که فقهای امامیه، یا در مورد استصناع مطلبی بیان نکرده‌اند یا اگر بیان کرده‌اند قائل به نفوذ آن شده و نسبت به صحت

اصل آن تردید نکرده‌اند.

۵) مجهول بودن مال مورد سفارش دلیلی دیگر بر بطلان این عقد دانسته شده، نکته مهم این است که بطلان چنین قراردادی در حالتی که مورد معامله، مجهول است، اختلافی نیست، چون غرری است و غرر در معامله، نفی شده، اما مسئله مربوط به موردی است که اوصاف مورد معامله، معلوم و سفارش دهنده با بیان آن‌ها، درخواست خود را مطرح می‌کند. حال اگر بخواهیم در صحت این عقد تردید کنیم، باید عقدی مثل بیع کلی را هم باطل بدانیم، زیرا در آن نیز موضوع مورد معامله، عین معین نیست و قرارداد بر سر موضوعی که ویژگی‌هایش معلوم است، منعقد می‌شود و می‌دانیم در نفوذ بیع کلی‌ای که ویژگی‌های اساسی مال موضوع معامله‌اش معلوم است، تردیدی نیست.

۶) شیخ در المبسوط معتقد است در بیع سلم، دانستن وزن ظروفی که از جنس مس یا آهن است، لازم نیست. (شیخ طوسی، ۱۳۶۳، ج ۲: ۱۷۸) و حال آن‌که این سخن، با کلام ایشان در باب استصناع، متناقض است. از این‌رو علامه‌حلی در مختلف متعرض این مسئله شده: «این نظر درست نیست، زیرا ظروف در سنگینی و سبکی با هم فرق می‌کنند، پس ذکر وزن واجب است.» (حلی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۱۸۲)

۱۶۴  
نصاب مطالعات حقوق  
وولت اسلامی

سال اول، شماره اول، پاییز ۱۳۹۱

### آرای فقهای معاصر پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی رأی آیت‌الله مؤمن‌قمی

«مراد از عقد استصناع این است که کسی به نزد صنعتگر بیاید و از او بخواهد که تعدادی از کالاهایی را که می‌سازد، به ملکیت او درآورد. در این حال، قراردادی میان این دو به امضاء می‌رسد که صاحب صنعت تعداد مورد توافق را برای وی بسازد و قیمت آن‌را دریافت کند.» (مؤمن‌قمی، ۱۳۷۶: ۲۰۱)

«ظاهر سخنان برخی از فاضلان معاصر نشان می‌دهد که سفارش ساخت، نوعی قرارداد است؛ همان‌گونه که لازمه سخن ابوحنیفه «سفارش ساخت، سلم است» آن



است که این قرارداد از اقسام بیع به شمار رود. بیان شیبانی در کتاب الإجازات آشکارا بر همین نظرگاه دلالت دارد، زیرا وی آن را از اقسام بیع شمرده: «بیع عینی که کار در آن شرط است» و این معنا از این که بحث سفارش ساخت را در کتاب البیوع آورده نیز برمی آید. حقیقت آن است که سفارش ساخت تنها بیانگر خصوصیت این قسم از داد و ستد در نزد عقلاست، اما این را که تمامی موارد آن، بیع محسوب می شود یا نمی شود، بیان نمی کند، بلکه برخی از انواع آن بیع است، برخی از انواعش قرارداد عقلائی و برخی از مواردش وعده بیع به یکدیگر دادن است. سفارش ساخت بنابر آنچه در میان مردم معمول است، در یکی از سه صورت زیر تحقق پیدا می کند:

الف) پس از گفتگوهای لازم میان طرفین، قرارداد و تملیک امضاء می شود که بر طبق این قرارداد، سازنده مقداری از مصنوعات خود را در برابر قیمت آن ها به ملکیت سفارش دهنده درمی آورد... به گونه ای که در انشای این ملکیت هیچ گونه حالت انتظار آینده، برای آن ها باقی نمی ماند. این نوع قرارداد سفارش ساخت، بیع محسوب می شود... زیرا از دیدگاه مردمی که مخاطب احکام شرعی هستند و واژه بیع را در بردارند، حقیقت بیع، تنها بدین معناست که یک طرف کالایی را در برابر قیمت آن به ملکیت طرف دیگر درآورد و او هم این ملکیت را بپذیرد و همین معنا در این نوع از قرارداد سفارش ساخت وجود دارد.

ب) پس از گفتگوها میان طرفین، یک قرارداد قطعی منعقد می شود. صاحب صنعت متعهد می شود که تعداد کالای مورد توافق را بسازد و خریدار هم پس از عرضه آن را بخرد، بنابراین هرچند میان آن ها در عمل، تملیک و تملک صورت نمی گیرد، لکن هر دو این تصمیم قطعی را می گیرند که هرکدام در قبال دیگری کاری انجام دهد. از این رو هرکدام، قرار خود را به دیگری مرتبط می سازد؛ با این تفاوت که قرارداد آن ها هنوز مبادله دو مال و تملیک و تملک نیست. معنای بیع بر این قسم از سفارش ساخت صدق نمی کند. البته تردیدی نیست که قسم دوم،

از مصادیق عقد است، زیرا معنای قرارداد، جز این نیست که دو قرار با یکدیگر مرتبط باشند و طرفین بدان متعهد گردند.

ج) پس از همه آن گفتگوها، صرفاً وعده‌ای غیرقطعی، میان طرفین صورت می‌گیرد؛ بدین ترتیب که سفارش‌دهنده می‌گوید: «این تعداد از فلان کالا را بساز، شاید من آن را از تو بخرم»... روشن است که هرگاه قراری با قراری مرتبط نشود، صرف وعده، نه بیع است و نه عقد. با این همه، این وعده، یک نوع دیگر از قرارداد سفارش ساخت محسوب می‌شود.» (همان: ۲۰۷)

اما تقسیم‌بندی ایشان با دو اشکال عمده مواجه است:

۱) اشکال موجود در تعریف ارائه شده از عقد: اساس تعریف اولیه ایشان از استصناع، بر «ملکیت» استوار شده و حال آن‌که این تعریف، با نظرات ایشان در ادامه بحث هم‌خوانی ندارد، زیرا بر اساس عمل عرف، در استصناع، تنها «سفارش ساخت» داده می‌شود، نه انعقاد قراردادی بر پایه ملکیت؛ به عبارت دیگر اساس این تعریف، بر «ملکیت» استوار است، اما ایشان در ادامه کلامشان تنها یک قسم از این سه قسم را بر مبنای ملکیت (بیع) استوار نموده‌اند.

۲) عدم تطبیق موضع نزاع مورد بحث، بر محل نزاع اختلافی فقهاء:

مهمترین مسئله در تبیین استصناع، روشن شدن صحیح محل نزاع است که اگر صحیح انجام شود، می‌توان در مورد دیگر مسائل مربوط به این عقد سخن گفت. با مذاقه در این که اساس سخن ایشان بر «ملکیت» قرار گرفته، معلوم می‌شود که موضع نزاع مورد بحث ایشان، ظاهراً با موضع نزاع واقعی متفاوت است، چراکه فرق است بین عقدی که در ظاهر، اجاره است، ولی مواد اولیه‌اش را خود سازنده تهیه کرده، با عقدی که مبنایش ملکیت است و با این توضیح همراه است که قسم اولش بیع، قسم دومش تعهد دو طرفه و قسم سومش وعده غیرقطعی بر بیع است، لذا مبنا و استدلال ایشان در تعریف و تقسیم‌بندی بحث، قابل قبول به نظر نمی‌رسد.

## رأی آیت‌الله هاشمی‌شاهرودی

«استصناع عبارت از توافق با صاحبان صنایع برای ساختن شیئی معین مانند تخت یا در برای شخص سفارش‌دهنده است.» (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۲۴۹) «در این توافق‌نامه، هم مواد کالا و هم عملیات ساخت آن بر عهده سازنده است و اگر مواد، از شخص سفارش‌دهنده باشد، در این صورت توافق مزبور، نوعی اجاره است و اگر چیزی را که سفارش‌دهنده خواهان آن است، بالفعل، ساخته و آماده شده سازنده موجود است، در این صورت توافق مزبور نوعی خرید و فروش خواهد بود. این سخن بدان معناست که استصناع به لحاظ ماده، مانند خرید و فروش و به لحاظ کاری که باید انجام گیرد، مانند اجاره است و از همین رو، صحت و کیفیت اجرای آن مورد بحث قرار گرفته است.» (هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۷۸: ۳)

و در ادامه می‌گوید: «۱) استصناع، عقد مستقلی است که برای دو طرف عقد، الزام‌آور است. ۲) استصناع یکی از اقسام عقد بیع است. ۳) استصناع یکی از اقسام عقد اجاره یا شبه اجاره مانند جعاله است. ۴) استصناع ترکیبی از چند عقد است. ۵) استصناع عقد نیست، بلکه امر به ساختن است به نحو تضمینی.» (همان: ۶)

با توجه به آن‌که ایشان برای تبیین نظریه‌شان، روشی مقایسه‌ای بین استصناع و دیگر عقود را برگزیده و ما نیز در مبحث دوم می‌خواهیم این عقد را با برخی از عقود معین تطبیق دهیم، نظرات ایشان را در مبحث بعد بررسی می‌کنیم.

### مبحث دوم: بررسی انطباق استصناع بر بعضی از عقود معین در حقوق ایران

در این مبحث، برآنیم انطباق این عقد را بعضی از عقود معین که ظاهراً مشابهت زیادی با این عقد دارند، بررسی کنیم. سؤال اساسی این است که آیا حقوق‌دانان و اساتید، به طور خاص و مجزا در مورد این عقد مطلبی بیان نموده‌اند یا خیر.

آنچه مسلم است پرداختن مستقل، مجزا و مبسوط، به ماهیت استصناع و مقایسه آن با نهادهای حقوقی موجود در هیچ‌یک از نوشتارهای اساتید محترم حقوق دیده نمی‌شود و اگر به طور خاص در زمینه‌ای ظاهراً مشابه بحثی وجود دارد، اظهارنظرهایی کوتاه در مورد «آپارتمان‌های پیش‌فروش» است که از موضوع این مقاله بیرون است.

تنها دکتر جعفری‌لنگرودی مشخصاً به «استصناع» پرداخته و از آن تعریفی ارائه کرده که بعداً خواهد آمد. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۳۵۷)

بنابراین در این مبحث، روش مقایسه‌ای بین استصناع و عقود معین را با عنایت به تقسیم‌بندی آیت‌الله هاشمی‌شاهرودی دنبال می‌کنیم.

#### مقایسه با عقد اجاره:

«اجاره عقدی است که به موجب آن، مستأجر، مالک منافع عین مستأجره می‌شود» و «مورد اجاره ممکن است اشیاء یا حیوان یا انسان باشد». (مواد ۴۶۶ و ۴۶۷ ق.م.) در فقه نیز آمده اجاره عبارت است از عقدی که به موجب آن، منافع چیزی یا شخصی در قبال عوضی معین، تملیک می‌شود. (شهیدثانی، ۱۴۰۷، ج ۴: ۱۳۹)

در اجاره اشخاص، موضوع عقد باید از هر حیث معلوم باشد و به صرف انعقاد عقد، مستأجر، مالک عمل اجیر، و اجیر مالک اجرت می‌گردد.

«ماهیت استصناع در بدو امر، به اجاره اشخاص بسیار نزدیک است؛ براساس شرایط عمومی این عقد، سفارش‌دهنده، سازنده را اجیر می‌کند که مطابق ویژگی‌های مورد درخواستش مالی معین را بسازد. با این توضیح، شکی نیست که عقد استصناع، مستقل از اجاره نیست و باید تمامی شرایط و آثار مربوط به اجاره اشخاص بر آن بار شود. در این صورت، به تبع این‌که سفارش‌دهنده به سبب اجاره، مالک عمل سازنده می‌شود، مال ساخته‌شده نیز ملک او خواهد بود. امتیاز

این توجیه، مشخص شدن وجه ضمان سفارش دهنده نسبت به عمل سازنده در صورت بطلان عقد است؛ مال ساخته شده از آن سفارش دهنده خواهد بود و او ضامن اجرت عمل سازنده به اندازه متعارف (اجره المثل) است که برابر با قیمت همان کالای ساخته شده، می باشد». (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۷)

با همه این توضیحات، تطبیق استصناع بر اجاره صحیح نیست، زیرا درست است که اگر مستأجر، مالک مال اولیه باشد، مالک مال ساخته شده نیز خواهد بود، لکن این حالت در اکثر موارد استصناع، دیده نمی شود، بلکه معمولاً در استصناع، مال اولیه از آن اجیر است. (أحمد الزرقاء، ۱۹۹۹، ج ۱: ۱۵۳) که در این صورت، طبق عقد اجاره، نمی توان قائل به نقل ملکیت عین خارجی به مستأجر شد.

«شاید بتوان نحوه تملک سفارش دهنده مستأجر مفروض را بر عین مال ساخته شده به یکی از دو حالت زیر تصور کرد:

حالت اول: عین مصنوع، مانند نتیجه عمل سازنده است، یعنی همان طور که سفارش دهنده، مالک عمل سازنده است، به تبع آن، مالک آنچه وی ساخته، نیز خواهد بود، لذا مطابق قاعده «تبعیت نماء از اصل»، این عین نیز ملک کسی خواهد بود که مالک عمل بوده؛ درست مثل شخصی که به تبع مالکیت منافع باغ، مالک نتایج درختان آن باغ و میوه های آن می شود و در این زمینه هیچ کس تردیدی به خود راه نمی دهد، اما این استدلال دارای اشکال است: این قاعده استنادی، هیچ دلیل لفظی ای ندارد. زمانی می توان به یک قاعده این چنینی استناد کرد که دلیل لفظی برای آن موجود باشد و حال آن که دلیل آن صرفاً سیره عملی عقلاست و البته شارع مقدس نیز در مواردی مثل ثمره درختان که یکی از دو مال در امتداد دیگری است، آن را امضاء نموده است.» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۸)

در واقع در استصناع، ماده مال ساخته شده، زائیده عمل سازنده نیست تا بتوان گفت عمل سازنده باعث به وجود آمدن ماده اولیه گشته؛ به عبارت دیگر برخلاف ثمار، ماده مال ساخته شده قبل از ساخت، ملک سازنده آن بوده، پس

انتقال ملکیت آن از سازنده به سفارش‌دهنده، به سبب ناقلی مثل عقد بیع نیاز دارد و حال آن‌که این سبب در بحث ثمار وجود ندارد. از سوی دیگر تملک ثمره درخت برای مالک منافع، بر مبنای دیگری غیر از قاعده فوق استوار است و آن این‌که ثمره، منفعت درخت نیز هست، بنابراین اجاره‌کردن درخت به معنای تملیک منافع آن است که از جمله موارد منفعت، ثمره آن است، اما در استصناع، عین مال ساخته‌شده، نه منفعت عین دیگری است و نه منفعت عمل سازنده و آن چیزی که از طرف سازنده بر ماده اولیه وارد شده، عملی است که باعث افزایش مالیت عین مال ساخته شده است، لذا مال ساخته‌شده از جهت ماده، چیزی جدای از ماده اولیه‌اش نیست.

«حالت دوم: تملک ماده مال ساخته‌شده به طور ضمنی و به تبع تملک عمل سازنده حاصل می‌شود؛ بدین معنا که در عقد اجاره به طور ضمنی این شرط آمده که سازنده، آن‌را به سفارش‌دهنده بدهد، یعنی شرط می‌شود که مال مورد نظر پس از ساخته شدن، به سفارش‌دهنده داده شود، مانند نخ‌هایی که خیاط در دوختن لباس استفاده می‌کند، اما این نیز پذیرفتنی نیست، زیرا تملک ضمنی ماده در مواردی مثل خیاطی درست است، چراکه در این فرض، ماده نخ برای انجام کاری که بر روی مال غیر صورت می‌گیرد، مستهلک می‌شود و وجود آن به صورت مستقل از آنچه از مال نزد اجیر موجود است، باقی نمی‌ماند که به سبب ناقل دیگری نیاز باشد، لذا تملک ضمنی مواد اولیه برای سفارش‌دهنده، صحیح است. بله اگر این مواد اولیه، مستهلک نمی‌شد، می‌توانستیم بگوئیم که تملک آن به سبب ناقل دیگری غیر از اجاره مانند وکالت دادن به خیاط برای خرید، نیازمند است که اگر چنین باشد، سه عقد خواهیم داشت: وکالت، بیع و اجاره. مثل جایی که خیاط برای دوخت لباس به پارچه دیگری مثل آستر نیاز دارد و آن‌را به وکالت از سفارش‌دهنده و برای او می‌خرد. از سوی دیگر، این تملک تبعی در موردی صحیح است که عین دیگری زاید بر عملی که اجیر روی مال مستأجر

انجام داده، وجود داشته باشد، مثل آستر برای لباس، اما آنچه در استصناع مشاهده می‌شود، خلاف این است.» (همان: ۲۰)

در استصناع، تمامی ماده اولیه مال ساخته شده، از آن سازنده است و چیزی از آن را سفارش‌دهنده تهیه نمی‌کند، زیرا اگر ماده اولیه را سفارش‌دهنده تهیه کند، قرارداد منعقد چیزی غیر از اجاره نخواهد بود، لذا ساخت مال از مواد اولیه‌ای که خود سازنده در اختیار دارد، مقدمه ساختن آن است و آن چیزی که سفارش‌دهنده به دنبال آن است، عین مال ساخته شده است، نه عملیات ساخت؛ مضافاً این که با قطع نظر از عین مال، عملیات ساخت آن هیچ مالیتی ندارد، بنابراین در این جا دو مال وجود ندارد که یکی عمل سازنده و دیگری عین مال ساخته شده باشد، بلکه فقط یک مال وجود دارد: «مال ساخته شده»

اشکال دیگری که به نظر می‌رسد این است که در استصناع، مالکیت عین مال، از آن سفارش‌دهنده نیست، ولی در اجاره اشخاص باید عین مال در مالکیت مستأجر باشد، اما پاسخ این است که در مواردی که مثلاً راننده‌ای با اتومبیلش به اجاره گرفته می‌شود، این خدمات است که خریداری می‌شود، ولی عینی به دست نمی‌آید، اما اگر خدمات خریداری شده، بر عین استوار شود و مالکش اجیر باشد، مستأجر، هم مالک عمل می‌شود و هم در محصول حاصله شریک خواهد بود.

اشکال قابل طرح دیگر این است که لازمه این که استصناع یکی از اقسام اجاره باشد این است که در صورت تلف مال ساخته شده قبل از تحویل، تلف از مال سفارش‌دهنده باشد؛ در حالی که این امر برخلاف ارتکاز عرفی است، یعنی در عرف، تلف مال قبل از تحویل آن، از مال سازنده است و پاسخ آن این است که اعتبار این گونه اعمال اجاره‌ای، به «تحویل مال» است؛ نه به مجرد ساخته شدن آن، بنابراین در صورت عدم تحویل مال، اجاره فسخ می‌شود.

#### مقایسه با عقد بیع

بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم. (م ۳۳۸ ق.م.) در فقه نیز آمده

بیع عبارت است از ایجاب و قبولی که دال بر نقل ملکیت در مقابل عوض معلوم است. (شهیدثانی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۱۲)

«برای تطبیق استصناع بر عقد بیع سه حالت قابل تصور است:

۱) مال ساخته شده، موضوع عقد قرار می گیرد. در این حالت قطعاً آنچه منعقد شده، بیع است و کلیه احکامش بر آن بار می شود و مراد از سفارش، تحویل در آینده است، لذا این عقد از جمله مصادیق بیع-سلم خواهد بود.

۲) در این فرض بیع، حال است و مالی، در حال ساخته شدن، اما ساختش تمام نشده، مانند فرشی که بخشی از آن بافته شده و سفارش دهنده آن را با این شرط ضمنی که بافنده آن را تکمیل کند، خریداری نموده، لذا پس از خریداری، بافنده اجیر می شود که فرش را تمام کند. در این حالت، بیع عین معینی داریم که شرایط سلم بر آن بار نشده است». (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۲)

به نظر می رسد که این توجیه، برای استصناع، کارساز نباشد، زیرا برخلاف عمل عرف است و با فرض پذیرش، چنانچه سازنده بقیه مال را نسازد، براساس قرارداد اولیه، سفارش دهنده، مالک بخش ناقص خواهد بود و صرفاً به خاطر عدم انجام تعهد سازنده، اختیار فسخ خواهد داشت، اما این هم خلاف عرف رایج است، زیرا غرض اصلی سفارش دهنده، مال ساخته شده بدون نقص است، لذا براساس این فرضیه، مال ناتمام، اصلاً به ملکیت سفارش دهنده در نیامده تا نیاز به فسخ باشد. از سوی دیگر با فرض پذیرش این توجیه، این اشکال وجود دارد که اگر مال ناقص، بدون تعدی و تفریط سازنده تلف شود، از مال سفارش دهنده رفته، چراکه بنا به فرض، سازنده صرفاً اجیری است که برای تکمیل مال ناقص، طرف قرارداد بوده و ید او در صورت عدم تعدی و تفریط، امانی است. مشکل اصلی، ملکیت مواد به کار گرفته شده است و این که آیا این عقد، اجاره است یا عقدی دیگر؟ لذا در این حالت (اگر «تقصیر» را مبنا و ملاک مسئولیت بدانیم) نباید او را مسئول جبران بدانیم و حال آن که براساس عرف، هدف اصلی از انعقاد



این قرارداد، دریافت مال کامل است و تا مال، ساخته نشده، هیچ حقی برای سفارش دهنده ایجاد نمی‌شود و هیچ خسارتی متوجه وی نخواهد بود.

۳) مستفاد از م ۳۵۰ق.م. استصناع صرفاً زمانی در قالب بیع قرار می‌گیرد که شرایط بیع کلی بر آن بار شود. براساس این توجیه، یکی از اوصاف مالی کلی‌ای که سفارش دهنده با اوصاف معینی از سازنده می‌خرد، این است که ساخته خود سازنده باشد، نه شخص دیگری. در بیشتر موارد سفارش این حالت دیده می‌شود، زیرا معمولاً مال آماده نزد سازنده به صورت بالفعل وجود ندارد و برخلاف نظر اهل سنت، همین شرط است که باعث جلوگیری از تطابق این قرارداد با بیع سلم می‌شود، زیرا معمولاً آنچه در عرف مرسوم است این است که به هنگام انعقاد استصناع، معمولاً تمامی دستمزد پرداخت نمی‌شود، لذا اگر بخواهیم استصناع را بیع سلم بدانیم، باید به بطلان و فساد آن تن دهیم، زیرا یکی از اساسی ترین شرایط بیع سلم را در خود ندارد.

برخی صاحب نظران برای رفع این اشکال، دلایلی ارائه داده‌اند که پس از طرح، به نقد آن‌ها می‌پردازیم:

۱) اگر گفته شود که بدون پرداخت و قبض بهاء، عنوان سلم بر معامله‌ای صدق نمی‌کند، می‌گوئیم این دلیل موجب بطلان بیع کلی در ذمه به صورت نسبه نمی‌شود، زیرا اطلاق «أحل الله البيع» (بقره: ۲۷۵) و عموم «أوفوا بالعقود» (نساء: ۲۹) بیعی را که در آن هم قیمت و هم مبیع هر دو نسبه است، در برمی‌گیرد و با وجود اطلاق دلیل، نوبت به جریان اصل (استصحاب بقای ملک بر ملکیت مالک خود) نمی‌رسد و در صورت عدم وجود این شرط، اقتضای آن دارد که شرط مزبور (لزوم پرداخت ثمن در مجلس عقد) وجود داشته باشد (مؤمن قمی، ۱۳۷۶: ۲۱۸)، زیرا تا زمانی که بتوان برای اثبات امری به دلیل تمسک جست و از اطلاق آن بهره برد، اجرای اصل عملی، جایگاهی پیدا نمی‌کند، بنابراین استناد لزوم این شرط به اصل عملی درست نیست و برای اثبات صحتش، عمومات صحت

بیع، کافی است؛ علاوه بر این، قوام بیع سلم در لغت و نزد عرف، به وجود این شرط نیست و روایات سلم نیز بر این امر دلالتی ندارند، بلکه صدق معنای سلم به لحاظ مبیع و تأخیر در تسلیم مبیع است. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۳)

۲) اگر مدرک ادعای مذکور، نهی پیامبر(ص) از بیع کالی به کالی باشد، می گوئیم اولاً: این روایت از طریق امامیه نقل نشده (مؤمن قمی، ۱۳۷۶: ۲۲۵) و ثانیاً: شاید مراد از کالی، دین باشد، نه هر مبیعی که هم خود و هم ثمن آن متأخر از مجلس عقد است. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۴) درست مثل آنچه در کتب امامیه نقل شده که پیامبر(ص) فرمود: «لایبایع الدین بالدین»، بنابراین اگر کالی را به معنای دین بدانیم، به حدیث «نهی النبی (ص) عن بیع الدین بالدین» برمی گردد که از طریق امامیه نقل شده است. (شهیدثانی، ۱۴۱۸، ج ۳: ۲۲۲)

در پاسخ به استدلالات فوق باید گفت: این توجیه تمام نیست، زیرا اجماع فقهای امامیه و اهل سنت در این زمینه به قدری واضح است که احتمال نمی رود همه اجماع کنندگان به روایات و جوهری که در استدلالات آمده، بسنده کرده باشند، بلکه می توان ادعا کرد که در این مورد ارتکاز عملی متشرعان چنین بوده که خرید چیزی به عنوان سلم در ذمه دیگری تا در همان مجلس عقد بهای آنرا پرداخته باشد، صحیح نیست. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۵)

به نظر می رسد مهمتر از اشکالی که بیان شد، تفاوت ماهوی و ذاتی بیع سلم با استصناع باشد، چراکه اشکال قبل، جزء موارد ماهوی نیست و طرفین می توانند در مورد چگونگی پرداخت ثمن در مجلس یا خارج آن با هم توافق کنند؛ توضیح آن که ماهیت بیع سلم «سفارش در تحویل مال در مدت زمان مورد نظر» است، یعنی «مدت زمان» عاملی اساسی است که در ماهیت این عقد، نقش عمده ای ایفاء می کند. سفارش دهنده با استفاده از این عامل می خواهد مال مورد نظرش را در آینده دریافت کند، اما ماهیت استصناع بر دو پایه دیگر استوار است: «مال مصنوع» و «سفارش در ساخت بودن عقد»، یعنی اولاً: مال آماده ای وجود ندارد که

به سفارش دهنده تحویل شود و در این زمینه، مدت زمان نقشی فرعی دارد و ثانیاً: ماهیت این عقد بر «سفارش در ساخت» استوار است؛ نه سفارش در تحویل. درست است که بالاخره مال پس از ساخته شدن، تحویل سفارش دهنده می شود، اما ماهیت آن با ساخت مرتبط است و تحویل در آن نقشی تبعی دارد، لذا با مذاقه در ماهیت روشن می شود که وجه اساسی تمایزشان مغفول مانده و تحلیل استصناع بر قواعد بیع سلم، این عقد را با اشکال مواجه می کند.

در تکمیل استدلالات مطروحه، می توان گفت در مورد برخی از اموال، نمی توان احکام و شرایط بیع سلم را جاری کرد، اما می توان آن ها را موضوع استصناع قرار داد و این نظری است که محقق حلی و ابن ادریس آن را بیان کرده اند: «لَا يَجُوزُ فِي الْعِقَارِ وَالْأَرْضَيْنِ بَيْعٌ». (محقق حلی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۶۱ و ابن ادریس، ۱۴۰۵، ج ۲: ۳۰۵)

دکتر کاتوزیان در بحث از «مبیع و اوصاف آن»، مطالبی را ظاهراً مرتبط با این بحث است، بیان کرده: «در موردی که مبیع، کلی است، لزومی ندارد که فروشنده مصداقی از آن را هنگام عقد داشته باشد... بنابراین، اگر شرکتی از کارخانه هواپیماسازی، ده فروند هواپیما بخرد که ظرف دو ماه تحویل داده شود، ضرورتی ندارد که هنگام امضای قرارداد، کارخانه، هواپیماها را آماده داشته باشد، ولی اگر پس از امضای پیمان، کارخانه از بین برود یا شرکت سازنده آن منحل شود، بیع باطل خواهد شد. در این فرض نیز می توان توافق کرد که هواپیمای ساخته شده به تدریج که وجود پیدا می کند، به ملکیت خریدار درآید تا فروشنده نتواند آنچه را که به سفارش خریدار ساخته است، به دیگری انتقال دهد». (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۱: ۱۰۶)

در پاسخ می توان همان اشکالات وارد بر توجیه سوم از موارد تطبیق بیع بر این عقد را بر این نظریه نیز وارد دانست که سابقاً بیان شد.

مقایسه با عقد جماله

جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی. (م ۵۶۱ ق.م.) جعاله بر دو قسم است: جعاله عام که در آن، ایجاب به طرفیت عموم است و هرکس نتیجه مطلوب را به دست آورد، شایسته جُعل است و جعاله خاص که مخاطب آن، شخصی خاص است و شخصیت عامل در آن مهم است.

در جعاله، عامل پس از انجام عمل، مستحق دریافت عوض می‌شود و بر خلاف شرایط صحت اجاره اشخاص مثل تعیین عامل، نوع عمل، مدت زمان اجاره و عوض، جزء شرایط صحت عقد است، در آن شرط نیست، چون مقصود اصلی جاعل که ملتزم به پرداخت اجرت است، نتیجه کار است نه چگونگی یا مدت زمان انجام کار.

آن موردی که ظاهراً بر استصناع، قابل تطبیق است، جعاله خاص است. در این حالت، جاعل از عامل درخواست می‌کند که کاری را با موضوع ساخت یک مال معلوم، برای وی انجام دهد، اما این تطبیق اشکالاتی دارد:

(۱) در جعاله، تعیین عامل شرط نیست (م ۵۶۳ ق.م.)، اما در استصناع، سازنده یکی از ارکان تشکیل عقد است، چراکه معمولاً چنین قراردادهایی با اشخاص متخصص منعقد می‌شود، لذا در صورتی که طرف قرارداد معلوم نباشد، اصلاً قراردادی قابل تصور نیست.

(۲) در جعاله، کمال، عقل و رشد عامل شرط نیست، زیرا مهم، امکان تحصیل هدف مورد نظر جاعل است، لذا اگر مجنون، صغیر یا ممیزی، عمل مورد نظر را انجام دهد و مستحق اجرت باشد، جاعل نمی‌تواند به بهانه عدم اهلیت، اجرت را پرداخت نکند؛ در صورتی که در استصناع رعایت این شرایط مهم است.

(۳) در جعاله نسبت به چگونگی کار، مدت زمان و... علم اجمالی کافی است، اما در استصناع، معلوم بودن این موارد جزو شرایط اساسی است.

(۴) مطابق نظر اکثر فقهای اهل سنت که قائل به صحت استصناعند، استصناع

عقدی است لازم، اما جعاله، عقدی جایز است.

۵) این تطبیق با آنچه در عرف مرسوم است، هم‌خوانی ندارد، زیرا عرف، استصناع را جعاله نمی‌داند و این برخلاف ارتکاز عرفی است.

مقایسه با ترکیبی از بیع و اجاره:

دکتر لنگرودی می‌گوید: «استصناع، ترکیبی از بیع و اجاره است.» (لنگرودی،

۱۳۷۸: ۳۵۷)

این تطبیق در دو حالت قابل تصور است:

نخست: سفارش‌دهنده، مواد اولیه را خریده و در اختیار سازنده قرار می‌دهد تا براساس ویژگی‌های مطلوبش کالایی بسازد، لذا ابتدا بیع منعقد می‌شود و بعد اجاره.

دوم: سازنده با مواد اولیه خود، مال مورد درخواست را در قالب عقد اجاره می‌سازد. پس از ساخته شدن مال، بیعی بین طرفین منعقد می‌شود که موضوع آن، مال ساخته شده است.

مزیت این توجیه این است که مال، ساخته شده و دیگر امکان طرح اشکال ناشی از م ۳۶۱ ق.م. که بر لزوم وجود مبیع تأکید می‌کند، نخواهد بود. در نتیجه نیازی به توجیه این عقد در قالب بیع کلی نیست تا در ادامه اشکالات مذکور قابل طرح باشد.

اما این تطبیق نیز قابل قبول نیست، زیرا حالت نخست، همان اجاره اشخاص است؛ با این تفاوت که در اجاره اشخاص، مواد اولیه را مستأجر تهیه می‌کند و در استصناع، مواد اولیه از آن سازنده است. حالت دوم نیز عقدی غیر از بیع نیست، زیرا با فرضی که شخص، یک کالای آماده را می‌خرد، هیچ تفاوتی نمی‌کند و اگر قرار باشد چنین فرضی را استصناع بدانیم، باید بسیاری از قراردادهای رایج میان مردم را جزو این عقد بدانیم.

### مقایسه با ترکیبی از وکالت و اجاره:

وکالت عبارت است از عقدی که به موجب آن یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید. (م ۶۵۶ ق.م.) در این توجیه، سفارش‌دهنده به سازنده وکالت می‌دهد که مواد اولیه را بخرد و سپس او را اجیر می‌کند که مال مورد نظر را مطابق با خواست وی بسازد.

اما این نیز قابل رد است، چراکه اولاً: آنچه در عرف وجود دارد، برخلاف این توجیه است، زیرا سفارش‌دهنده به دنبال مالی است که آن را پس از ساخته شدن، براساس ویژگی‌های مطلوبش دریافت کند و تفاوتی نمی‌کند که مواد اولیه‌اش از چه طریقی فراهم شده، ثانیاً: اگر به این توجیه پایبند باشیم، باید بپذیریم که در صورت بروز خسارت خارج از تعدی و تفریط، آنچه تلف شده، از مال سفارش‌دهنده رفته، زیرا وکالت در زمره عقود اذنی است و ید وکیل، یدی امانی و حال آن‌که در مورد استصناع چنین وضعیتی وجود ندارد، ثالثاً: مطابق این فرض، اگر سفارش‌دهنده قبل از شروع کار، از تصمیمش صرف‌نظر کند، چون سازنده (وکیل)، مواد اولیه را با پول او و برای او خریداری کرده، باید مواد اولیه را به وی تحویل دهد که در مورد استصناع چنین نیست، رابعاً: اگر معلوم شود که خرید مواد اولیه یا توکیل در خرید آن مواد، باطل بوده، سفارش‌دهنده ضامن عمل سازنده نخواهد بود؛ اگرچه ممکن است برای عمل وی، اجرتی باشد؛ در صورتی که در استصناع این توجیه با ارتکاز عرفی، مطابقت نمی‌کند.

### استصناع امر به ساختن است به نحو تضمینی

توجیه محتمل دیگر آن است که سفارش‌دهنده ضامن کالای ساخته شده است و سازنده، مأمور ساخت مال با ضمانت او. مزیت این توجیه این است که بقای ملکیت سازنده بر مال ساخته شده را تا قبل از تحویل به سفارش‌دهنده حفظ می‌کند. همچنین ضمانت سفارش‌دهنده را نسبت به مال ساخته شده بعد از ساخت و

عرضه آن از طرف سازنده به خوبی توجیه می‌کند.

اما تمامی این‌ها از باب اتلاف عمل یا مال است. امر به اتلاف با شرط ضمان، موجب ضمان غرامتی است که بر آن توافق شده، لکن در استصناع، اتلافی صورت نگرفته، لذا این قاعده فقط شامل امر به اتلاف مال غیر می‌شود، اما تملیک و تملک، محتاج سببی ناقل از قبیل بیع یا اجاره است که در این توجیه وجود ندارد؛ به عبارت دیگر در استصناع، اگر مال ساخته شده به سبب دیگری مانند عقد بیع، به سفارش‌دهنده تملیک نشده باشد، همچنان ملک سازنده بوده و مجرد امر به ساختن آن، برای تملیک آن به سفارش‌دهنده، کافی نیست.

مبحث سوم، بررسی مشروعیت استصناع در قالب یک عقد جدید استصناع، عقد است یا ایقاع؟

تفاوت میان عقد و ایقاع آن است که در ایقاع، انشاء یک طرفه است، اما عقد بر پایه ارتباط دو قرار میان طرفین استوار است. عقد عملی حقوقی است که برای انعقاد آن نیاز به توافق دو یا چند اراده است. برای تحقق عقد، گذشته از وجود دو اراده، این دو شرط لازم است:

۱- اراده‌ها باید جنبه انشایی داشته باشد. (م ۱۹۱ ق.م.)

۲- اثر دلخواه باید ناشی از توافق دو اراده باشد. پس حقی که یک اراده به وجود می‌آورد، عقد نیست؛ هرچند که اراده دیگر بتواند آن را از بین ببرد.

(قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۶، ج ۱: ۶)، اما ایقاع انشای اثر حقوقی با یک اراده

کامل است و نیاز به توافق با اراده دیگر ندارد، مثل ابراء. (م ۲۸۹ ق.م.)

وقتی طرفین در مورد قرارداد و شرایط آن با هم توافق کردند، قراردادی قطعی میان سفارش‌دهنده و سازنده منعقد می‌شود، چراکه هریک از طرفین می‌پذیرد که در قبال دیگری کاری را انجام دهد و مفهوم عقد کاملاً بر این رابطه تطبیق می‌کند.

### بررسی مشروعیت استصناع براساس مستندات فقهی

مهمترین دلیل در مشروعیت استصناع، «أوفوا بالعقود» است که بر چند مقدمه استوار است:

اولاً در شناسایی عقود، دو دیدگاه متفاوت وجود دارد: یک دیدگاه عدم توفیقی عقود و پذیرش صحت قراردادهایی است که با شرع و قانون، منافاتی ندارد و با توافق طرفین، منعقد می‌شود. دیدگاه دوم بر توفیقی عقود، تأکید، و عقود غیرمعین را صحیح نمی‌داند.

ثانیاً «الف ولام» در «العقود»، الف ولام جنس است نه عهد، پس ناظر به هر عقدی است. (واعظی، ۱۳۸۰: ۱۰۵)

ثالثاً: استصناع در نظر عرف، یک عقد است و شرایط یک عقد صحیح را داراست.

نظر اکثر فقهاء، عدم توفیقی معاملات و توقیفی عبادات است. حتی آیت‌الله بهبهانی در این باره سخن از اجماع گفته: «آنچه بر آن اتفاق و اجماع وجود دارد، این است که فقط عبادات، توفیقی است و معاملات توفیقی نیست». (بهبهانی، ۱۴۱۵: ۴۷۶)

امام خمینی (ره) هم نظری را ابراز کرده‌اند که نشان می‌دهد ایشان بیمه را عقدی مستقل می‌دانند. (امام خمینی، ۱۳۷۰، ج ۲: ۵۴۸) براین اساس، عقود از توقیفی خارج می‌شوند، چراکه بیمه، عقدی جدید است و با شرایط خاصی که دارد، در محدوده هیچ‌یک از عقود معین جای نمی‌گیرد.

اما آیت‌الله هاشمی‌شاهرودی، در ردّ استقلال استصناع به‌گونه‌ای استدلال کرده که از آن، توقیفی عقود برمی‌آید: «این تفسیر از استصناع (استقلال) را به یکی از دو صورت زیر می‌توان تقریر کرد: الف) استصناع عقد مستقلی است و با آن، مفهوم خاصی متمایز از مفهوم بیع و اجاره انشاء می‌شود. به موجب این عقد،



سازنده مسئول ساخت کالا و تحویل آن به سفارش‌دهنده است و سفارش‌دهنده نیز مسئول پرداخت بهای مورد توافق به سازنده است. این تقریر مورد اشکال است؛ استصناع جز درخواست ساخت معنایی ندارد و این یک مفهوم تکوینی است، نه مفهوم انشایی مانند بیع و اجاره و... پس معنا ندارد که با همان مفهوم لغوی خود، منشاء معاملی در این عقد مستقل باشد، بلکه به ناچار باید این معنای استصناع به انشاء یک مفهوم دیگری که اعتباری است، برگردد. این مفهوم اعتباری، یا تملیک عین شیء ساخته‌شده است که در این صورت بیع خواهد بود یا تملیک عمل سازنده است که در این صورت اجاره یا شبه اجاره خواهد بود. منشاء معاملی میان دو طرف عبارت است از اتفاق آن دو بر این که سازنده آنچه را سفارش‌دهنده می‌خواهد، بسازد تا او هم در موعد مقرر آن را به قیمتی که پیشتر بر آن توافق کرده بودند، از سازنده بخرد. بر این اساس، عقد بیع، بعد از این توافق یعنی بعد از آماده شدن مصنوع، بسته خواهد شد، اما عقدی که فعلاً واقع شده، عقد استصناع است که عبارت است از توافق میان سازنده و سفارش‌دهنده بر التزام هریک از آن دو در قبال دیگری به کاری که مطلوب دیگری است... تقریر دوم نیز مورد اشکال است، زیرا عقد، صرف التزام قطعی به انجام کاری برای دیگری - چه التزام مطلق و چه در مقابل التزامی دیگر - نیست؛ وگرنه هرگونه تعهد قطعی به انجام کاری برای دیگری را باید عقدی واجب‌الوفاء دانست؛ چنان‌که مثلاً اگر کسی ملتزم شد فلان روز از خانه خارج شود، در قبال آن دیگری نیز در همان روز از خانه خارج شود را باید از عقدهای واجب‌الوفاء به شمار آورد، در حالی که از نظر فقهی بدون هیچ اشکالی این قبیل التزام‌ها، نوعی وعده غیرالزام‌آور به حساب می‌آید». (هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۷۸: ۶)

این نظریه دارای اشکال است: اولاً: براساس آنچه قبلاً بیان کردیم، عقود توقیفی نیست و سیره مشهور فقهاء، تأیید این نظریه است، ثانیاً: چنانچه نظریه ایشان را بپذیریم، باید بسیاری از عقود جدید مشمول م.ا.ق.م. را باطل بدانیم،

ثالثاً: هر دو استدلال ایشان قابل خدشه است، زیرا:

الف: برخلاف استدلال نخست ایشان، مفاهیم انشایی، محدود به عقودی چون بیع، اجاره و... نیست و اتفاقاً استصناع، مفهومی تکوینی دارد، چون آنچه مرسوم است، عقدی است که کاملاً دارای جنبه انشایی اعتباری است و رسیدن طرفین به هریک از عوض و معوض، هیچ نیازی به عبور از مسیر تملیک عین در عقد بیع یا تملیک عمل در اجاره و شبه آن ندارد.

ب: استدلال دوم مشتمل بر مغالطه است: ایشان التزام به استصناع را با ملتزم شدن کسی در برابر دیگری به خارج شدن از منزل خود مقایسه می‌کنند و از این قیاس، نتیجه می‌گیرند که اگر قرار باشد هر وعده و التزام قطعی را عقد بدانیم، این التزام قطعی به خروج از منزل را نیز باید عقد بدانیم و حال آن‌که مهم‌ترین وجه التزامات و تعهدات قطعی طرفین در کلیه عقود را که بر «نفع و ارزش اقتصادی» مبتنی است، در نظر نگرفته‌اند. این‌که هر التزام و تعهد قطعی را نمی‌توان عقد دانست، هر عقل سلیمی می‌پذیرد، اما چه دلیلی وجود دارد که التزام قطعی‌ای را که برای طرفین دارای ارزش و منفعت اقتصادی نیز بوده و مغایرتی با اصول و مبانی شرع مقدس ندارد، عقد ندانیم؛ مضافاً این‌که مهر تأیید آیه «أوفوا بالعقود» را نیز با خود به همراه دارد.

بنابراین به نظر می‌رسد ایشان به خاطر پذیرش مبنای توقیفی عقود، چنین نظری را ابراز داشته و مبنای ایشان در عدم مشروع دانستن استصناع در قالب یک عقد مستقل، توقیفی عقود است.

### بررسی مشروعیت عقد استصناع بر اساس مستندات قانونی

مهم‌ترین دلیل قانونی مشروعیت استصناع، «اصل آزادی قراردادها» است که در م ۱۰۰ق.م. پذیرفته شده بنابراین «جز در مواردی که قانون، مانعی در راه نفوذ

قرارداد ایجاد کرده، اراده اشخاص، حاکم بر سرنوشت پیمان‌های ایشان است و آزادی اراده را باید به عنوان یک «اصل» در این زمینه پذیرفت». (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۹۹)

با توجه به این اصل، به نظر می‌رسد قانونگذار در وضع قانون مدنی، نظر اکثریت فقهاء مبنی بر عدم توقیفی عقود را پذیرفته (بهبهانی، ۱۴۱۵: ) و چنین نصی را وضع کرده، زیرا این نص، باعث می‌شود بر قراردادهای جدید، صحه گذاشته شده و بر رونق اقتصادی افزوده شود، لذا این ماده به عنوان اساسی‌ترین محمل قانونی، دلیلی است بر صحت این عقد.

### لزوم یا جواز عقد استصناع

منظور از لزوم عقد، غیرقابل انحلال بودن و لزوم اجرای مفاد آن است. به طور کلی در همه سیستم‌های حقوقی، اصولاً هر قرارداد باید اجرا شود و هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند از زیر بار تعهدات ناشی از آن شانه خالی کنند؛ مگر در موارد استثنایی. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: )

م ۲۱۹ ق.م. محمل قانونی این اصل است. مفاد این ماده که از عمومات فقهی مانند «أوفوا بالعقود» به دست آمده، به گونه‌ای است که مبنای روابط ناشی از پیمان‌های خصوصی قرار گرفته: هر قرارداد، جز آنچه قانون به جواز آن تصریح کرده، لازم است و طرفین عقد نمی‌توانند به دلخواه خود آن را برهم زنند. (شهیدی، ۱۳۷۹: ۲۵۴) این اصل علاوه بر مبنای فقهی، دارای مبنای عقلایی است و جامعه، حاکمیت آن را در روابط معاملاتی لازم می‌بیند. (همان: ۲۵۶)، اما درباره این که آیا این اصل، منحصر در عقود معین است یا خیر، براساس نظریه عدم توقیفی عقود می‌گوئیم ثبوت این اصل، در همه عقود ثابت است و منحصرراً عقودی که قانون آن‌ها را جایز اعلام کرده، از شمول این اصل خارج می‌ماند. (همان: ۲۵۷ و کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۳: ۲۵۴) بنابراین «أوفوا بالعقود» بر لزوم و

و جوب وفای به عقد استصناع نیز دلالت می‌کند. پس بر سازنده واجب است کالای مورد توافق را بسازد و بر سفارش‌دهنده واجب است که قیمت مرضی طرفین را به او بدهد.

### نتیجه‌گیری

مراد از استصناع این است که کسی از سازنده‌ای بخواهد مالی را براساس شرایطی که به او می‌گوید، با مواد اولیه در اختیار خودش، ساخته و قیمت آن را دریافت کند.

اکثر فقهای اهل سنت بر صحت این عقد متفق‌اند و اختلافشان در مبنای پذیرش آن است. بیشتر ایشان یعنی شافعیه، حنابله و مالکیه آن را نوعی بیع سلم و صحیح دانسته‌اند، اما حنفیه معتقدند استصناع، نوعی بیع معدوم است که برخلاف قاعده و براساس استحسان یا تقریر پیامبر اکرم (ص) صحیح دانسته شده است. بنابراین سبب تفکیک گروه‌های اهل سنت در رابطه با این عقد، مبنای مشروعیت بخشی آنهاست.

در میان امامیه نظرات محدودی مشاهده می‌شود: ابن حمزه طوسی استصناع را صحیح و از ناحیه طرفین جایز شمرده و آن را در باب بیع سلم مطرح کرده که به نظر می‌رسد علت مشروعیت آن را الحاق به بیع سلم دانسته است. ابن‌احمد حلی نیز این عقد را صحیح و آن را در باب اقاله در بیع مطرح کرده که ظاهراً وجه مشروعیت آن از منظر ایشان هم، بیع دانستن آن بوده؛ با این تفاوت که آن را صرفاً از ناحیه سفارش‌دهنده جایز دانسته است.

اما تأثیرگذارترین رأی را شیخ طوسی ابراز و به بطلان استصناع نظر داده که به نظر میرسد یکی از مهمترین عوامل عدم اظهار نظر فقهای بعدی در این باره،

جایگاه ایشان در میان فقهاست. مهمترین دلیل ایشان بر بطلان، اجماع فقهاست که مفصلاً بیان شد این اجماع ادعایی مخدوش است.

در میان فقهای معاصر نظر آیت‌الله مؤمن‌قمی را به خاطر عدم تطبیق بر موضع نزاع، منطبق بر صواب ندانستیم و در مورد نظر آیت‌الله هاشمی‌شاهرودی هم در بحث بررسی مشروعیت این عقد در قالب یک عقد جدید، گفتیم که این نظر که ظاهراً بر مبنای غیرتوقیفی عقود بنا شده، صحیح نمی‌باشد.

در باب مقایسه ماهیت این عقد با عقود معین در حقوق مدنی ایران هم گفته شده که این عقد، بیشترین شباهت را با اجاره اشخاص دارد. با این توضیح که سفارش‌دهنده، سازنده را اجیر می‌کند که مطابق ویژگی‌های مورد درخواست وی، مالی معین را بسازد، اما به نظر می‌رسد که این تطبیق، صحیح نباشد، زیرا اگر مستأجر، مالک مال اولیه باشد، مالک مال ساخته‌شده نیز خواهد بود، لکن این حالت در اکثر موارد استصناع دیده نمی‌شود و معمولاً مال اولیه از آن اجیر است. در تطبیق این عقد بر عقود دیگر نیز اشکالاتی مشاهده می‌شود که در اکثر موارد به خاطر ماهیت ویژه و ارتکاز عرفی‌ای است که در مورد استصناع وجود دارد و مانع از این تطبیقات می‌گردد.

در نهایت در مبحث سوم، مشروعیت این عقد در قالب یک عقد جدید بررسی گردید. با توجه به استدلال‌ات بیان شده به نظر می‌رسد مطابق نظر مشهور فقهاء و با اتکاء به عموم و اطلاق ادله، پذیرش توقیفی عقود و محدود ندانستن آن‌ها به عقود معین، هموارکننده مسیر پذیرش عقدی است که کاربرد آن در روابط و مناسبات حقوقی و اقتصادی داخلی و بین‌المللی بر هیچ‌کس پوشیده نیست؛ عقدی که در کنار رواج فراوان در سطح جامعه، به تازگی به عنوان یکی از شیوه‌های نوین تأمین مالی در بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نیز مورد توجه و تأیید قرار گرفته و کارآمدی و قابلیت آن که با پشتوانه اصل آزادی قراردادهای و براساس م ۱۰ق.م. و دیگر ادله موجود، قابل توجیه است، بر غنای

ذاتی آن افزوده است.

\*این مقاله برگرفته از طرح پژوهشی «عقد استصناع از دیدگاه مذاهب اربعه و مطابقت آن با حقوق ایران و مصر»، اجراشده در دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرعباس می باشد.



۱۸۶  
نصاب مطالعات حقوق  
وولت اسلامی

سال اول، شماره اول، پاییز ۱۳۹۱

## منابع

- احمد الزرقاء، مصطفى (١٩٩٩)، *العقود المسماة في الفقه الإسلامي*: عقد البيع، ج ١، دمشق، دار القلم.
- الجبعي العاملي، زين الدين بن علي مشهور به شهيد ثاني (١٤٠٧)، *الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه*، ج ٣، مؤسسه معارف الإسلاميه، ج ١.
- \_\_\_\_\_ (١٤١٨)، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرايع الإسلام*، ج ٣، مؤسسه معارف الإسلاميه، ج ١.
- الخن، مصطفى و البغاء، مصطفى (١٣٧٦ ش)، *الفقه المنهجي على مذهب الشافعي*، ج ٣، تهران، دار احسان للنشر.
- الزحيلي، وهبه (١٩٨٩)، *الفقه الإسلامي وادلتة*، ج ٤، دمشق، دار الفكر، ج ٣.
- الموسوي الخميني، السيد روح الله (١٤٠٣ ق)، *تحرير الوسيله*، ج ٢، قم، مؤسسه نشر الإسلاميه، ج ٥.
- أمين، محمد (ابن عابدين) (١٩٩٦)، *حاشيه ردالمحتار على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب - ابي حنيفه النعمان*، ج ٥، بيروت، دار الفكر، ج ٧.
- بهبهاني، وحيد (١٤١٥ ق)، *الفوائد الحائريه*، قم، مجمع الفكر الإسلاميه.
- جرجس، حبيب (١٩٩٦)، *معجم المصطلحات الفقيهيه والقانونيه*، شركة العالميه للكتاب، ج ١.
- جعفرى لنگرودى، محمد جعفر (١٣٧٨)، *مبسوط در ترمينولوژى حقوق*، ج ١، تهران، كتابخانه گنج دانش.
- جمعي از بزرگان فقه اسلامي (١٣٩١ ق)، *موسوعه الفقه الاسلامي المقارن* (موسوعه جمال عبدالناصر الفقيهيه)، ج ٧، قاهره، مجلس الأعلى للشئون الإسلاميه.
- حلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن مشهور به محقق حلي (١٣٨٩ ق)، *شرائع الاسلام*، ج ٢، نجف اشرف، مؤسسه الاعلمي، ج ١.
- حلي، أبو جعفر محمد بن منصور بن أحمد بن إدريس (١٤٠٥ ق)، *سرائر*، ج ٢، دار الفكر.
- حلي، حسن بن يوسف مطهر مشهور به علامه حلي (١٣٧٤)، *مختلف الشيعه في احكام الشريعه*، ج ٥، قم، مكتب الاعلام الإسلاميه، ج ١.

- حلی، یحیی بن أحمد (۱۳۶۳)، **الجامع للشرایع**، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه.
- رستم باز اللبنانی، سلیم (۱۹۸۵)، **شرح المجله**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۳.
- سرخسی، شمس الدین (۱۹۸۳)، **المبسوط**، ج ۱۲، استانبول، دارالدعوه.
- سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن بن ابی بکر (۱۴۰۷ق)، **الأشباه والنظائر**، بیروت، دارالکتاب العربی، ج ۱.
- شافعی، محمد بن إدريس (بی تا)، **الأمم**، ج ۳، دارالمعرفه للطباعه والنشر.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹)، **اصول قراردادها و تعهدات**، عصر حقوق، ج ۱.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷)، **حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات**، انتشارات مجد، ج ۱.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی) (۱۴۰۸ق)، **الخلاص**، ج ۲، قم، شرکه دارالمعارف الاسلامیه.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۶۳)، **المبسوط**، ج ۲، تهران، المکتبه المرتضویه.
- طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۳۶۷)، **الوسیله**، قم، المکتبه آیه الله مرعشی النجفی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، **حقوق مدنی دوره عقود معین**، ج ۱، تهران، شرکه سهامی انتشار، ج ۸.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۶)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۱ و ۳، شرکه سهامی انتشار، ج ۴.
- مؤمن قمی، محمد (۱۳۷۶)، **«استصناع (قرارداد سفارش ساخت)»**، نشریه فقه اهل بیت، شماره ۱۱ و ۱۲، پائیز و زمستان، ص ۲۰۱ - ۲۳۹.
- محمدی، علی (۱۳۷۵)، **شرح اصول فقه**، ج ۳، قم، انتشارات دارالفکر، ج ۳.
- واعظی، حسین (۱۳۸۰)، پایان نامه کارشناسی ارشد، **«ماهیت عقد استصناع در فقه امامیه»**، با راهنمایی حجه الاسلام والمسلمین سعید رجحان، دانشگاه امام صادق (ع).
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۳ق)، **قراءات فقهیه معاصره**، ج ۲، قم، مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی طبعاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۸)، **«استصناع (سفارش ساخت کالا)»**، نشریه فقه اهل بیت، شماره ۱۹ و ۲۰، پائیز و زمستان، ص ۳ - ۲۴.
- \_\_\_\_\_ (۱۹۹۳)، **الموسوعه الفقهیه**، ج ۳، کویت، وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلامیه الكويت، ج ۴.

22. Ashmos, D.P. and Duchon, D. (2000) "Spirituality at work: a conceptualization and measure", *Journal of Management Inquiry*, Vol. 9, No. 2, pp. 134-145
23. Heaton, D.P., Schmidt-Wilk, J. and Travis, F. (2004) "Constructs, Methods, and measuring for researching spirituality in organizations", *Journal of Organizational Change Management*, Vol. 17, No. 1, pp. 62-68.



24. Hill, Peter C. & Kenneth I. Pargament (2003). Advances in the Conceptualization and Measurement of Religion and Spirituality: Implications for Physical and Mental Health Research, *American Psychologist*, 58(1), P.64-74.
25. Kinjerski.V.M. and Skrypnik, B.J. (2004) "Defining spirit at work: finding common ground". *Journal of Organizational Change Management*, Vol.17, No.1, pp.26-42.
26. Marques, J., Dhiman, S. and King, R. (2005) "Spirituality in the workplace: Developing an Integral model and a Comprehensive Definition", *The Journal of American Academy of Business*, Cambridge. Vol.7, No.1, pp.81-91.
27. Milliman, J., Czaplewski, A.J. and Ferguson J. (2003) "Workplace spirituality and employee work attitudes, An exploratory empirical assessment", *Journal of Organizational Change Management*, Vol. 16, No. 4, pp.426-447
28. Mitroff, I. and Denton, E. (1999) "A Spiritual Audit of Corporate America: A Hard Look at Spirituality", *Religion, and Values in the Workplace*. Jossey-Bass, San Francisco, CA.
29. Neal, J. and Biberman, J. (2003) "Introduction: the leading edge in research on spirituality and organizations". *Journal of Organizational Change Management*, Vol.16, No.4, pp.363-366.