

اعمال قواعد عمومی قراردادها بر نهاد استصناع در نظام بانکی کشور

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۸/۰۸ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۰۹/۱۵)

سیدرضا موسوی

کارشناس ارشد حقوق تجارت بین الملل

علی اصغر احمدی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و وکیل دادگستری

سید اکبر موسوی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی و وکیل دادگستری

چکیده:

در بانکداری مرسوم (متعارف یا غربی یا ربوی) دریافت یا پرداخت سود، جزء ذات عملیات بانکی است و براین اساس هم رابطه سپرده‌گذاران و بانک و هم رابطه بانک و گیرندگان تسهیلات، علی‌الاصول در چهارچوب عقد قرض با بهره از پیش تعیین شده تبیین می‌شود؛ اما در بانکداری اسلامی به جهت ممنوعیت اخذ بهره، وضعیت کاملاً متفاوت است. بانکداری اسلامی که بر مبنای تطبیق فعالیت‌های بانکی با قواعد شرعی شکل گرفته باید کلیه فعالیت‌های خود را در چهارچوب ابزارهای مالی اسلامی یا همان عقود اسلامی با مشارکت در سود و زیان و بدون در نظر داشتن سود قطعی در اکثر موارد با مشتریان تنظیم نماید. پس از پیروزی انقلاب اسلامی مباحث جدی حول محور بانکداری اسلامی شکل گرفت و مبنای بر این قرار گرفت تا قواعد حقوق بانکی بر مبنای رعایت قواعد شریعت شکل گیرد و بر این اساس نیز عقود شرعی به‌منظور تأمین نیازهای متقاضیان در قانون عملیات بانکی بدون ربا پیش‌بینی گردیدند. پس از اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا از ابتدای سال ۱۳۶۳، صوری شدن قراردادها که متأثر از عوامل مختلفی از جمله عدم تأمین نیاز متقاضیان و جوه در چهارچوب عقود موجود می‌باشد، یکی از مهم‌ترین ایراداتی است که بر بانکداری اسلامی وارد می‌شود. در راستای تحقق توسعه ابزارهای مالی اسلامی در شبکه بانکی کشور و جلوگیری از صوری شدن قراردادها، عقد استصناع به‌عنوان ابزار مالی جدید به فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۹۰ اضافه شد. جدید بودن عقد استصناع، عدم ذکر عنوان حقوقی مستقل و بررسی جزئیات آن در قانون مدنی و نیز عدم اجرا و مغفول ماندن کاربردهای وسیع این عقد در شبکه بانکی کشور، در حال حاضر سؤالات زیادی را در خصوص ماهیت حقوقی، سابقه تاریخی - فقهی، مباحث نظری، دستورالعمل‌های اجرایی و نقاط قوت و ضعف این نهاد حقوقی تازه تأسیس به ذهن متبادر می‌سازد که در این مقاله سعی شده است تا حد امکان موارد مذکور مورد بررسی قرار گیرد.

واژگان کلیدی: استصناع، قراردادها، قواعد عمومی، بانکداری اسلامی



مقدمه

قرارداد استصناع اگرچه به تازگی وارد قوانین ایران شده است اما این عقد، قراردادی نیست که به تازگی شکل گرفته باشد بلکه از زمان‌های گذشته بین مردم مرسوم بوده و اشخاص در روابط اقتصادی خود از آن استفاده می‌نموده‌اند و بر اساس آن، از شخصی که مهارت خاصی در زمینه‌ای داشته، درخواست می‌نمودند تا برای آن‌ها کالایی متناسب با ویژگی‌هایی که تعیین می‌کنند، بسازد. پس از اسلام نیز این قرارداد بین مسلمانان مرسوم بوده و مطابق برخی نقل‌ها، پیامبر سفارش ساخت منبر به نجار و انگشتر به زرگر داده بودند. در گذشته این قرارداد معمولاً برای روابط ساده اقتصادی نظیر ساخت کفش، ظرف، شمشیر و غیره مورد استفاده قرار می‌گرفت اما به مرور زمان، موضوع قرارداد استصناع به تناسب پیشرفت صنعت و فناوری توسعه یافته است و امروزه شامل انواع سفارش ساخت کشتی، هواپیما، قطار، فرودگاه، سد، بزرگراه، بیمارستان، دانشگاه، کالاهای مشابه، انجام کارهای هنری مانند نقاشی و خطاطی و غیره، بر اساس ویژگی‌های مورد نظر سفارش دهنده می‌شود. بنابراین از آنجایی که این عقد در روابط میان مسلمانان معمول بوده، فقها و حقوقدانان مسلمان در عصرهای مختلف به بررسی ماهیت و احکام آن پرداخته‌اند،^۱ با این حال فقیهان شیعه مانند عالمان فقهی اهل سنت به بررسی و توصیف قرارداد استصناع نپرداخته‌اند و در کتاب‌های فقهی شیعه با آن همه گستردگی، کتابی به نام کتاب الاستصناع مشاهده نمی‌شود. فقه‌های متقدم شیعه با وجود جاری بودن این قرارداد در جوامع بشری، غیر از شیخ طوسی در الخلاف و المبسوط، ابن حمزه در الوسیله و ابن سعید در الجامع للشرائع بدان نپرداخته‌اند. فقها و حقوقدانان معاصر نیز تنها به برخی جنبه‌های فقهی و ماهیتی این عقد پرداخته‌اند و در این خصوص، نظرات متفاوت بوده و اتفاق نظری در ماهیت آن وجود ندارد؛^۲ بر این اساس، مفهوم و ماهیت این قرارداد را بر اساس دیدگاه‌های مختلف بیان می‌نماییم و سپس به اظهار نظر خواهیم پرداخت.

بخش اول: اعمال قواعد عمومی قراردادها بر انعقاد نهاد استصناع

بند اول: اوصاف ماهیت حقوقی عقد استصناع

در تبیین ماهیت حقوقی هر قراردادی ضروری است که اوصاف آن نیز مورد بررسی قرار گیرد؛^۳ بر اساس آنچه گفته شد، عقد استصناع از شقوق عقد بیع می‌باشد و از آنجا که مقنن برای صحت عقد بیع، اوصافی را

^۱ - موسویان، سید عباس و احسان، بازوکار، احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع، فصلنامه بورس اوراق بهادار، ۱۳۹۲، ش ۲۱، ص ۸

^۲ - نظرپور، محمد نفی، عقد و اوراق استصناع، ص ۴۳-۴۲

^۳ - اوصاف جمع کلمه وصف به معنای صفت، شرح کردن و بر دو نوع است: الف) وصفی که به طور ظاهری از خود صیغه ثابت باشد...ب) وصفی که به معنای لغوی خویش بر معنایی دگر دلالت کند که در حکم مؤثر است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ن. ک به

انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۲۱۷۵

در نظر گرفته است لذا به طور طبیعی، اوصاف عقد بیع علاوه بر اوصاف خاص عقد استصناع، مانند تملیکی بودن، معاوضی بودن و عین بودن مبیع در آن جاری می‌شود.

۱- تملیکی بودن

در خصوص عقد استصناع گروهی معتقدند: زمان انتقال مالکیت مصنوع در عقد استصناع، لحظه تحویل کالا توسط سازنده به خریدار است زیرا تا قبل از این زمان، تنها تعهد صانع به این امر وجود داشته و مالکیتی برای مشتری محقق نشده است. براین اساس، چنانچه صانع برای آماده کردن سفارش فوق اقدام به خرید مواد اولیه نموده و شروع به ساخت کالای مورد نظر نماید و در نهایت کالا را به اتمام رساند، می‌تواند در صورتی که هنوز موعد تحویل کالا به مشتری نرسیده است، آن را به دیگری فروخته و اقدام به ساخت مصنوع مورد نظر با مواد اولیه دیگری نماید و یا در صورتی که شرط مباشرت صانع نشده باشد، می‌تواند کالای ساخته شده را به دیگری فروخته و از سازنده دیگری بخواهد که کالای سفارش داده شده را برای مشتری آماده نماید. البته می‌توان در قرارداد استصناع قائل به تملیک بود و در عین حال، صانع نیز اختیار تحویل هر مصدافی را داشته باشد به این بیان که با انعقاد قرارداد استصناع، سفارش دهنده مالک کالای کلی در ذمه صانع می‌شود و او متعهد است طبق قرارداد مصدافی از آن کالای کلی را ساخته و تحویل دهد و در مقابل، صانع، مالک ثمن کلی می‌شود که سفارش دهنده متعهد است مصداق آن ثمن کلی را تحویل دهد، نتیجه این دیدگاه آن است که به هر دلیلی اگر صانع توان ساخت را از دست بدهد باید آن کالا را از بازار تهیه کرده، به سفارش دهنده تحویل دهد و یا قیمت روز کالای موضوع قرارداد استصناع را بپردازد.^۱ با عنایت به نظرات مختلف در خصوص تملیکی بودن بیع در مواردی که مبیع، کلی در ذمه می‌باشد و نیز نظراتی که در خصوص زمان انتقال مالکیت مصنوع در عقد استصناع بیان گردید به نظر می‌رسد: از آنجا که عقد استصناع از شقوق عقد بیع می‌باشد و عقد بیع در همه موارد سبب تملیک می‌گردد؛ در عقد استصناع نیز که مبیع در آن به صورت کلی است، اقتضای تملیک به وجود می‌آید و شرط آن که تعیین مصداق است، بعداً حاصل می‌شود و تحقق شرط به سبب اضافی یا مکمل نیاز ندارد در نتیجه با انعقاد قرارداد استصناع، سفارش دهنده مالک کالای کلی در ذمه صانع می‌شود و او متعهد است طبق قرارداد، مصدافی از آن کالای کلی را ساخته و تحویل دهد و در مقابل صانع نیز مالک ثمن کلی می‌شود که سفارش دهنده متعهد است مصداق آن ثمن کلی را تحویل دهد و براین اساس به هر دلیلی اگر صانع توان ساخت را از دست بدهد باید آن کالا را تهیه کرده به سفارش دهنده تحویل دهد و یا قیمت روز کالای موضوع قرارداد استصناع را بپردازد.

۲۵۹



^۱ - موسویان، سید عباس و احسان، بازوکار، احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع، ص ۲۳

۲- معاوضی بودن

در قرارداد سفارش ساخت کالا به نظر می‌رسد: از آنجا که سازنده مکلف به ساخت کالا بر اساس درخواست و تقاضای سفارش‌دهنده می‌باشد و در واقع در این قرارداد اجرای تعهد یکی از طرفین در مقابل اجرای تعهد طرف مقابل است، (یکی ساخت کالا توسط سازنده و دیگری پرداخت ثمن توسط سفارش‌دهنده) در نتیجه قرارداد سفارش ساخت کالا، عقدی معوض است. معاوضی بودن بیع، آثار مهمی دارد که این آثار در عقد استصناع نیز وجود دارد. از جمله: در صورتی که تملیک یکی از عوضین به علتی باطل باشد، تعهد به دادن عوض دیگر خودبه‌خود از بین می‌رود. از طرفی در مواردی که ارزش ثمن و مبیع چندان نامتناسب باشد که در عرف دادوستد قابل تحمل نباشد، طرفی که از این عدم تناسب زیان می‌بیند، مغبون نامیده می‌شود و می‌تواند معامله را فسخ کند، این حق را در حقوق ما خیار غبن گویند. در حقوق ایران خیار غبن از قواعد عمومی معاملات است و به همین جهت آثار و شرایط اعمال آن را باید در قواعد عمومی معاملات مطالعه نمود.^۱ البته به نظر می‌رسد از آنجا که در این عقد، خریدار به دست آوردن کالایی با ویژگی‌های خاص را در نظر دارد، در خصوص امکان جریان خیار غبن باید تأمل بیشتری صورت گیرد زیرا همچنان که می‌توان گفت: چنانچه فروشنده‌ای از بهای واقعی کالای خود آگاه باشد و با وجود این به سبب ملاحظاتی مانند: ارفاق به خریدار یا سود رساندن به او و یا تهیه فوری پول برای تجارت و در نتیجه فروش کالا به بهای کمتر با تفاوت قیمت زیاد اقدام نماید، نمی‌تواند ادعای غبن کند (چرا که گذشته از دانستن بهای واقعی، نظر به تسامح داشته است)^۲؛ بنابراین، چنانچه در عقد استصناع نیز سفارش‌دهنده‌ای بر اساس اغراض و اهداف شخصی خود جهت سفارش ساخت کالایی، قیمتی گزاف بپردازد، از آنجا که این عمل بر اساس قاعده اقدام، با اراده‌ای سالم و تسامح از قیمت واقعی صورت گرفته، نمی‌توان امکان حدوث خیار غبن را جاری دانست.

۳- عین بودن مبیع

حسب ماده ۳۳۸ قانون مدنی می‌توان به‌خوبی دریافت که مبیع لازم است از اموال عینی باشد. عین عبارت از مالی است که وجود مادی و محسوس دارد و به‌طور مستقل مورد دادوستد قرار می‌گیرد^۳ با این وجود با عنایت به تأیید کلی فی الذمه به‌عنوان یکی از اقسام مبیع حسب ماده ۳۵۰ قانون مدنی و نیز امکان تعیین اجل برای مبیع، در نتیجه این صفت از عقد بیع، در عقد استصناع نیز جاری می‌شود.

^۱ - کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۱۷۹-۱۷۸

^۲ - همان، ص ۱۸۰

^۳ - کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی عقود معین، ج ۱، ص ۴۱

۴- لازم بودن

اصل در بیع لزوم است به این معنا که طرفین جز به موجب شرط یا تراضی یا اختیارات منصوص، حق برهم زدن عقد را ندارند. اصل لزوم در قراردادها، یک اصل منطقی و عقلانی است زیرا در صورتی که قراردادها قابل انحلال باشند، نظم و ثبات اقتصادی از بین می‌رود و هیچ کس نمی‌تواند اطمینان خاطر از معامله داشته باشد. از آنجا که عقد استصناع نیز یکی از شقوق بیع می‌باشد، بنا بر قاعده اصاله اللزوم و همچنین حسب ماده ۲۱۹ قانون مدنی، باید آن را عقدی لازم دانست که طرفین معامله ملزم به ایفای تعهدات ناشی از این قرارداد می‌باشند.

در خصوص جریان اختیارات مختص به عقد بیع در عقد استصناع می‌توان گفت: به غیر از خیار مجلس که به نظر می‌رسد: منعی برای جریان آن در عقد استصناع وجود ندارد؛ خیار حیوان در عقد استصناع جاری نمی‌شود، مگر این که سفارش تولید حیوان با دست کاری های ژنتیکی و یا از طریق سلول های بنیادی باشد. در خصوص خیار تأخیر ثمن نیز با توجه به ماهیت عقد استصناع (عدم قبض کل یا بیشتر ثمن فی المجلس)^۱ و حسب ماده ۴۰۲ قانون مدنی که شمول آن، ناظر به مواردی است که مبیع عین خارجی و یا در حکم آن باشد، در نتیجه امکان جریان این خیار در عقد استصناع وجود ندارد. در خصوص جریان سایر اختیارات در عقد استصناع به نظر می‌رسد: به غیر از اختیارات تخلف از رؤیت، تخلف از وصف و عیب که در عقد استصناع جاری نمی‌شوند و همچنین خیار تبعض صنفه که باید در امکان حدوث آن قائل به تفکیک گردید، امکان جریان سایر اختیارات در عقد استصناع، با توجه به ماهیت عقلایی و عام این اختیارات، وجود دارد و طرفین معامله در ضمن قرارداد یا پس از آن می‌توانند اختیارات را ساقط نمایند که در این صورت، دیگر حق استفاده از اختیارات جهت انحلال قرارداد را نخواهند داشت. در خصوص عدم جریان اختیارات تخلف از رؤیت، تخلف از وصف و عیب در عقد استصناع می‌توان گفت: از آنجا که این اختیارات در بیع کلی در ذمه جاری نمی‌شوند^۲ و حسب ماده ۴۱۴ قانون مدنی، با بیع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرر بین طرفین باشد زیرا چنانچه مدیون در مقام وفای به عهد، چیزی را بدهد که وصف معهود را نداشته باشد، باید ملامت و اجبار شود که عهدشکنی نکند و مفاد عقد را محترم شمارد و در نتیجه این اجبار نه تنها با فسخ ملازمه ندارد بلکه در صورتی امکان پذیر است که قرارداد باقی بماند (زیرا نقص در

^۱ - نظریور، محمد نقی، عقد و اوراق استصناع، ص ۱۲۲

^۲ - کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی، تهران، میزان، چ سی و چهارم، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۳۲۱





شیوه وفای به عهد است نه در ارکان معامله)^۱، براین اساس در عقد استصناع نیز می‌توان نتیجه گرفت از آنجا که در این عقد، مبیع کلی فی ذمه می‌باشد این اختیارات در آن جاری نمی‌شوند و فروشنده مکلف است، فرد بدون عیب را به مشتری تحویل دهد زیرا با تحویل فرد معیوب به تعهد خود عمل نموده است.

در خصوص جریان خیار تبعض صفقه در عقد استصناع نیز، گروهی بر این اعتقادند که امکان جریان این خیار در عقد استصناع وجود ندارد زیرا با توجه به ماهیت عقد استصناع که بر اساس اوصاف خواسته شده منعقد می‌شود، در صورت عدم رعایت اوصاف تعیین شده، مانند این است که مبیع تحویل نشده و فروشنده باید مبیع مورد نظر را تهیه نماید.^۲ با این وجود، از آنجا که عده‌ای معتقدند: خیار تبعض صفقه حسب اطلاق ماده ۴۴۱ قانون مدنی^۳ در عین کلی^۴ نیز جاری می‌شود،^۵ و موجب جریان این خیار را بطلان قسمتی از بیع به هر سببی از اسباب مانند: مستحق للغير در آمدن، نامشروع بودن،^۶ عدم قدرت تسلیم به بعض مبیع و غیره حسب ماده ۳۷۲ قانون مدنی ذکر می‌نمایند؛ به نظر می‌رسد: با عنایت به موارد مذکور در بیع کلی، در خصوص جریان این خیار در عقد استصناع باید اندکی تأمل نمود و قائل به تفکیک شد.

به‌طور کلی خیار تبعض صفقه در دو مورد می‌تواند قابل تصور است: یکی آن که مبیع در خارج متعدد باشد (مانند: فروش خانه و باغ به دیگری)، دیگر آن که مبیع در خارج واحد است ولی از نظر حقوقی قابل تجزیه باشد (مانند: فروش خانه‌ای که بعداً نیمی از آن متعلق به غیر درآید)، در این دو حالت، عقد واحد قابلیت انحلال به دو عقد را دارد، به‌طوری که هر کدام دارای حکم جداگانه می‌باشند، لذا امکان جریان خیار تبعض صفقه وجود دارد.^۷

از آنجا که ذکر این مصادیق، عین معین را به ذهن متبادر می‌سازد؛ در خصوص عقد استصناع به نظر می‌رسد دو فرض برای آن قابل تصور باشد: اول در فرضی که فراهم نمودن اوصاف مورد نظر سفارش دهنده، برای سفارش گیرنده غیرممکن شود و مبیع ساخته نشده باشد، در این فرض امکان تسلیم مبیع

^۱ - کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۱۶۷

^۲ - نظرپور، محمد نفی، عقد و اوراق استصناع، ص ۱۴۵-۱۲۴

^۳ - امامی، سید حسن، ص ۵۲۲

^۴ - عین کلی: عین کلی به عین کلی در معین و کلی در ذمه تقسیم می‌شود. در این زمینه ن. ک به جعفری لنگرودی، محمدجعفر،

ترمیولوژی حقوق، ص ۴۸۴

^۵ - کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی، ص ۳۳۴

^۶ - امامی، سید حسن، ص ۵۱۷

^۷ - همان

وجود ندارد و در نتیجه با وحدت ملاک از ماده ۳۷۲ قانون مدنی، استصناع باطل می‌شود؛ مانند این که ساخت کالای مورد نظر مشتری منوط به واردات مواد اولیه از خارج باشد و به لحاظ تحریم‌های بین‌المللی بعد از انعقاد عقد استصناع، امکان این امر وجود نداشته باشد. دوم در فرضی که سفارش‌گیرنده قسمتی از کالا را مطابق اوصاف مورد نظر سفارش‌دهنده، ساخته باشد و ادامه ساخت مابقی کالای مورد نظر ممکن نباشد، مانند این که سفارش‌دهنده موظف به تحویل ۱۰ عدد شومینه با ویژگی‌های مورد نظر باشد و پس از ساخت ۵ عدد از موضوع سفارش به علت تحریم، امکان ساخت مابقی مقدور نباشد که در این حالت می‌توان جریان خیار تبعض صفقه را متصور بود، با این وجود از آنجا که صانع (سفارش‌گیرنده) بر اساس سفارش مستصنع (سفارش‌دهنده) اقدام به ساخت مورد الاستصناع (کالای مورد سفارش) نموده است، لذا جریان خیار تبعض صفقه باعث حدوث ضرری ناخواسته به صانع می‌شود که توجیه این امر، خلاف قاعده لا ضرر و اصل عدم تبرع و عدالت اجتماعی می‌باشد. در این حالت به نظر می‌رسد: بهتر است طرفین به‌طور واضح خواسته‌های خود را مطرح نمایند و با درایت تمام بر اساس ویژگی‌ها و تعهداتی که برای قرارداد فی‌مابین در نظر دارند، کلیه شروط و احکام آن را تعیین نمایند؛ مانند: تعیین زمان تحویل کالا، مواعد پرداخت عوض، ضرر یا خسارت‌های احتمالی و شرایط غیرقابل پیش‌بینی و غیره؛ این شروط به تبعیت از اصل عقد، لازم بوده و طرفین حق سربچی از آن را نخواهند داشت و در صورت بروز اختلاف با مشکل کمتری مواجه خواهند بود؛ البته چنانچه عرف مسلمی در رابطه با یکی از شرایط وجود داشته باشد، لازم نیست آن شرایط در ضمن عقد بیان‌شده و بر آن توافق گردد زیرا حسب ماده ۲۲۵ قانون مدنی، متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است.

در مورد تأثیر موت و جنون در قرارداد استصناع نیز این معامله را باید همانند قرارداد اجاره اشخاص دانست؛ به این معنا که چنانچه ساخت پروژه مورد نظر قائم به شخص باشد، با فوت یا جنون صانع، قرارداد منفسخ می‌گردد؛ اما چنانچه قرارداد قائم به شخص نبوده و فرد دیگری بتواند تعهدات صانع را انجام دهد، قرارداد پابرجاست و شخص جدید به نیابت از صانع، اقدام به ساخت پروژه مورد نظر نموده و یا آن را تکمیل می‌کند و هزینه انجام کار از اموال صانع، تا مقداری از ثمن که صانع دریافت داشته است، پرداخت می‌شود.

چنانچه طرف قرارداد (صانع) در عقد استصناع یک شرکت تجاری باشد طبیعتاً مشکلی مبنی بر موت یا جنون او وجود نخواهد داشت زیرا در شرکت‌های تجاری شخصیت حقوقی شرکت با انحلال آن از بین نمی‌رود و تا پایان امر تصفیه، باقی می‌ماند. علت این امر آن است که دارایی موجود شرکت برخلاف انسان،



پس از انحلال به شخص دیگری منتقل نمی‌شود بلکه میان شرکا تقسیم می‌گردد. بنابراین با انحلال شرکت، شخصیت حقوقی آن باقی بوده و اداره آن توسط متصدیان تصفیه صورت می‌گیرد و چنانچه لازم باشد، برای انجام تعهدات قبلی شرکت، می‌تواند معاملات جدیدی نظیر خرید مصالح برای ساخت کالای مورد تعهد و غیره شکل گیرد و این امر حسب مواد ۲۰۸ قانون تجارت و ۲۰۸ لایحه قانونی قانون مذکور، توسط متصدیان تصفیه انجام خواهد شد.^۱

۵- نقد یا نسیه بودن

در این عقد با توجه به عدم موجودیت مبیع در هنگام عقد و طی شدن زمان خاصی جهت ایجاد و ساخت آن، مستصنع اجباری به پرداخت ثمن حین‌المجلس ندارد؛ البته می‌تواند ثمن را به‌صورت حال پرداخت نماید ولی چنین امری در عقد استصناع متداول نمی‌باشد.^۲ در این عقد به‌طور معمول، ثمن در زمان انعقاد عقد به‌طور کامل پرداخت نمی‌شود و زمان‌بندی خاصی جهت تأدیه آن در نظر گرفته می‌شود، این تأدیه در غالب موارد با پرداخت مبلغی به‌عنوان پیش‌پرداخت (بیعانه) جهت ترغیب سازنده و اطمینان وی از اراده سفارش‌دهنده، آغاز می‌گردد و مابقی ثمن به‌منظور اطمینان از روند پیشرفت انجام کار، به‌صورت اقساط و یا تأدیه کل مبلغ قرارداد در هنگام تحویل محصول انجام می‌شود؛ این امر، در پروژه‌های عظیم که ساخت آن ممکن است چندین سال طول بکشد، به‌طور کامل آشکار است زیرا در این پروژه‌ها، نوعاً نه متعارف است کل مبلغ قرارداد در مجلس پرداخت شود و نه منطقی و ضروری است؛ این ویژگی این عقد را از شمول عقد سلم خارج می‌سازد.

۶- مستقیم و غیرمستقیم بودن

استصناع به دو صورت مستقیم و غیرمستقیم (موازی) قابل انعقاد است. در صورتی که شخص مستصنع (سفارش‌دهنده) قرارداد را با شخصیت حقیقی یا حقوقی صانع (سفارش‌گیرنده) برای ساخت به‌طور مثال کارخانه یا آپارتمانی منعقد سازد و خود وی (صانع) عملیات ساخت را انجام دهد استصناع مستقیم شکل می‌گیرد؛ اما اگر این شخصیت حقیقی یا حقوقی برای ساخت کالای مورد سفارش با شخص حقیقی یا حقوقی دیگر، قرارداد امضا نماید، در این صورت استصناع غیرمستقیم یا موازی شکل می‌گیرد؛^۳ معمولاً قراردادهای استصناع در بانک‌ها بر اساس شیوه استصناع غیرمستقیم منعقد می‌شود زیرا از طرفی موجب

^۱- موسویان، سید عباس و احسان، بازوکار، احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع، ص ۲۱

^۲- نظریور، محمد نقی، عقد و اوراق استصناع، ص ۱۳۲

^۳- کمیجانی، اکبر و نظریور، محمد نقی، چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، ص ۷۳-۷۲

عدم درگیری بانکها در مسائل اجرایی و عملیاتی تولید کالا یا احداث طرح‌های مختلف با همه گستردگی و مشکلات آن می‌شود و از طرف دیگر، بانکها را بی‌نیاز از فراهم نمودن امکانات و تجهیزات لازم جهت تولید و انجام سفارش هر مشتری می‌نماید.^۱

۷- معین بودن

از آنجا که عقود معین به خاطر کثرت استعمال و کاربرد در قانون، نام خاصی برایشان در نظر گرفته می‌شود و قانون‌گذار احکام و شرایط و آثار آنها را بیان می‌نماید، به نظر می‌رسد: عقد استصناع در فقه با وجود متون اندک و عدم اتفاق نظر فقها در تعریف واحدی از این عقد، عقد شناخته شده‌ای می‌باشد و ریشه تاریخی و فقهی دارد؛ از طرفی با الحاق این عقد به آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، قانون‌گذار برای عقد مذکور عنوان خاصی تعیین نموده، در نتیجه عقد استصناع در زمره عقود معین قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، اگرچه در بیان عقود نامعین گفته می‌شود که در شرع نام ویژه‌ای برای آنها عنوان نشده و احکامی نیز مقرر نگردیده است و مردم به اقتضای زندگی خویش و نیز با در نظر گرفتن مصالح زمان و مکان آنها را پدید آورده‌اند اما با اندکی تأمل می‌توان دریافت که حتی اگر قرارداد سفارش ساخت کالا بر اساس اقتضای مصالح جامعه پدید آمده باشد، به لحاظ کثرت استعمال و کاربرد این عقد در طول تاریخ، اطلاق و عمومات آیات «احل الله البیع»^۲، «أوفوا بالعقود»^۳ و «تجاره عن تراض منکم»^۴ که بیانگر آن است که قانون‌گذار هر بیعی را تنفیذ نموده و بیع ربوی را خارج ساخته و با عنایت به این که اسلام روش جدیدی در عقود نیاورده است بلکه آنها را به مفاهیم عرفی و عقلایی خودش واگذاشته است و آنچه را طبق نظر عرف و عقلا بیع محسوب می‌شود، تنفیذ نموده است^۵، در نتیجه این عقد به صورت تلویحی توسط شارع، امضا و تأیید شده است.

بخش دوم: اعمال قواعد عمومی قراردادها بر ارکان و آثار عقد استصناع

بند اول: بررسی ارکان عمومی و اختصاصی عقد بیع

به‌طور کلی عقد بیع یکی از عقود معین است که نه تنها در قانون مدنی شرایط انعقاد و آثار آن جداگانه طرح شده است بلکه بسیاری از قواعد عمومی قراردادها را نیز با خود دارد؛ به بیان دیگر، محل سنتی طرح

^۱ - همان، ص ۸۴

^۲ - بقره / ۲۷۵

^۳ - مائده / ۱

^۴ - نساء / ۲۹

^۵ - نظربور، محمد نقی، عقد و اوراق استصناع، ص ۷۹



قواعد حاکم بر روابط قراردادی است و از سوی دیگر ببع تابع شرایط کلی سایر قراردادها نیز می‌باشد.^۱ مقنن برای صحت عقد ببع شرایطی را در نظر گرفته که در صورت فقدان برخی از این شروط، عقد باطل و با فقدان برخی دیگر عقد غیر نافذ می‌شود؛ از آنجا که عقد استصناع از شقوق عقد ببع می‌باشد براین اساس در بند اول به بررسی ارکان عمومی و در بند دوم به بررسی ارکان اختصاصی این عقد می‌پردازیم.

الف) ارکان عمومی

شرایط عمومی قراردادها، مانند قصد و رضا، اهلیت، مشروعیت جهت و معلوم بودن موضوع معامله در عقد استصناع نیز باید رعایت شود. درعین حال، از آنجا که بعضی از این شرایط در عقد ببع آثار ویژه‌ای پیدا می‌نمایند و این شرایط عموماً در عقد استصناع نیز جاری می‌شوند، در نتیجه زیر سه عنوان اراده، اهلیت تصرف و موضوع عقد، از آن‌ها بحث می‌نماییم.

۱- قصد و رضا

در عقد استصناع نیز مانند غالب قراردادها لازم دارد که دو طرف داشته باشد و این دو طرف با دارا بودن شرایط عمومی قراردادها (مانند: اختیار، عقل، بلوغ و) با تراضی خود که به صورت ایجاب و قبول نمایان می‌شود آن را انشاء نمایند. باید افزود که علی‌الاصول هرکس در خرید و فروش، انتخاب طرف قرارداد، تعیین شرایط و آثار عقد آزاد است و این اصل که به عنوان اصل آزادی قراردادها حسب ماده ۱۰ قانون مدنی یاد می‌شود، در عقد استصناع نیز جریان دارد. در عقد استصناع، طرفین قرارداد می‌توانند افراد حقیقی یا نمایندگانی از نهادها، موسسه‌ها، شرکت‌ها، بنگاه‌های اقتصادی و غیراقتصادی باشند. در خصوص شیوه معاطات در عقد استصناع به نظر می‌رسد: از آنجا که موضوع عقد استصناع معدوم است و باید بر اساس ذکر ویژگی‌های مورد نظر سفارش دهنده به وجود آید و براین اساس رفع ابهام و جلوگیری از غرر با ذکر این ویژگی‌ها محقق می‌شوند، در نتیجه شیوه معاطات در آن امکان‌پذیر نخواهد بود.

۲- اهلیت و اختیار تصرف

طرفین در ببع استصناع همانند سایر قراردادها، بایستی از اهلیت قانونی برخوردار باشند، یعنی متعاملین حسب ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی باید کودک، سفیه و دیوانه نباشند و نیز حسب ماده ۱۹۵ قانون مدنی اشخاص مست و بی‌هوش و خواب و در حال بی‌خبری نیز در حکم محجورین می‌باشند و معامله با آن‌ها باطل است. درعین حال، حسب ماده ۳۴۵ قانون مدنی علاوه بر اهلیت قانونی، اهلیت تصرف^۲ در مبیع و ثمن را برای

^۱ - کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از عقود معین، ج ۱، ص ۲۳

^۲ - منظور از اهلیت تصرف یا به عبارت مناسب‌تر اختیار تصرف این است که خریدار و فروشنده اختیار تصرف در موضوع تعهد خود را داشته باشند؛ در این زمینه ن. ک به کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی عقود معین، ج ۱، ص ۹۶

طرفین عقد بیع ضروری دانسته و این امر به‌طور بدیهی در بیع استصناع نیز جریان می‌یابد. بنابراین، اگر مالی بر اثر قرار دادگاه تأمین یا در مقام اجرای حکم توقیف شود، مالک حق تصرف در آن را ندارد و همچنین پس از صدور حکم توقف، ورشکسته نمی‌تواند اموال خود را بفروشد. وکیل نیز حسب ماده ۶۶۷ قانون مدنی باید در حدود نیابتی که موکل به او داده است عمل کند و اختیار انجام معامله خارج از حدود نمایندگی یا برخلاف مصلحت موکل را ندارد.

۳- موضوع عقد

به‌طور کلی عقد بیع دارای دو موضوع است: مبیع و ثمن و هریک از این دو باید اوصافی داشته باشند که وجود آن‌ها در صحت بیع شرط است؛^۱ از آنجا که عقد استصناع از شقوق عقد بیع می‌باشد به بررسی این اوصاف می‌پردازیم.

در همین راستا در خصوص اوصاف مبیع باید توجه داشت:

اولاً مبیع هنگام عقد موجود باشد: اگر مبیع عین معین باشد باید هنگام عقد موجود باشد؛ حسب ماده ۳۶۱ قانون مدنی خرید و فروش مال معین که وجود خارجی ندارد باطل است زیرا بیع، عقد تملیکی است و طبعاً باید مالی وجود داشته باشد تا به‌موجب عقد به خریدار منتقل شود. چنانچه مبیع در حکم معین باشد (مقداری معین از شیء متساوی الاجزا) باید تمام شیء به مقداری که موضوع بیع واقع شده، وجود داشته باشد، در موردی که مبیع کلی است، لزومی ندارد که فروشنده فرد آن را هنگام عقد داشته باشد. در این فرض، بایع متعهد به تهیه و تسلیم مبیع است و این امر حسب ماده ۳۵۱ قانون مدنی با ذکر مقدار، جنس و وصف مبیع صحیح است.^۲ براین اساس در مورد عقد استصناع نیز که مبیع آن کلی فی الذمه است، نبودن فعلی کالا، عرفاً سبب غرری شدن و جهالت عقد استصناع نمی‌شود، غرر با ذکر صفات خاص و موردنظر منتفی و عرف، آن کالا را در حکم کالای موجود می‌پندارد.^۳

ثانیاً مبیع مالیت داشته باشد: در عقود معاوضی مانند بیع و بالتبع آن بیع استصناع، حسب ماده ۲۱۵ قانون مدنی، مورد معامله باید حقیقتاً یا اعتباراً مالیت داشته باشد. اطلاق مال به مبیع وقتی صحیح است که منفعت عقلایی داشته باشد. با عنایت به موارد مذکور، در بیع استصناع نیز به نظر می‌رسد: از آنجا که ممکن است در مواردی، سفارش‌دهنده بر اساس نیاز و سلیقه شخصی اقدام به سفارش کالایی نماید و با توجه به

^۱ - همان، ص ۱۰۳

^۲ - همان، ص ۱۰۶-۱۰۵

^۳ - نظریور، محمد نقی، عقد و اوراق استصناع، ص ۴۱



ویژگی‌های مورد نظرش، حاضر به پرداخت مبلغی حتی سنگین باشد، اگرچه ظاهراً در نگاه عرف، برای این اقدام مالیت یا منفعت عقلایی قابل تصور نیست، اما با استناد به عموماً صحت بیع و تجارت، باید آن را نافذ دانست.

ثالثاً بیع معلوم و معین باشد: در عقد استصناع نیز با عنایت به تأیید کلی فی الذمه، به‌عنوان یکی از اقسام بیع حسب ماده ۳۵۰ قانون مدنی؛ امکان تعیین اجل برای بیع و ثمن حسب ماده ۳۴۱ قانون مدنی؛ جریان انتقال مالکیت با وجود اجل در تسلیم بیع یا تأدیه ثمن حسب ماده ۳۶۳ قانون مدنی؛ و همچنین امکان صحت و رفع ابهام در بیع کلی، حسب ماده ۳۵۱ قانون مدنی و در نتیجه رفع غرر، می‌توان این صفت را در عقد استصناع جاری دانست.

رابعاً قدرت تسلیم بیع: به نظر می‌رسد: در عقد استصناع نیز قدرت تسلیم مصنوع، بیانگر تحقق تملیک است زیرا هدف از سفارش کالا و انعقاد قرارداد استصناع این است که کالا در اختیار سفارش‌دهنده قرار بگیرد و بتواند با تسلط بر آن، به میزان نیاز از آن بهره‌مند شود و حسب ماده ۳۷۰ قانون مدنی قدرت تسلیم در موعدی که بیع باید تسلیم شود، معتبر شناخته می‌شود نه در زمان عقد که این امر با ماهیت مؤجل عقد استصناع سازگار می‌باشد.

همچنین در راستای اوصاف ثمن لازم به ذکر است در عقد استصناع از آنجا که ثمن در زمان انعقاد عقد به‌طور کامل پرداخت نمی‌شود و زمان‌بندی خاصی جهت تأدیه آن در نظر گرفته می‌شود، این تأدیه در غالب موارد با پرداخت مبلغی به‌عنوان پیش‌پرداخت (بیعانه) آغاز می‌گردد. در خصوص بیعانه در قانون مدنی، مقررات خاصی وجود ندارد ولی برخی از حقوقدانان معتقدند: طبق قاعده حقوقی در صورتی که به جهتی از جهات معامله منحل شود اگرچه مشتری بقیه ثمن را در موعد مقرر، تأدیه ننموده باشد، بیعانه باید به مشتری مسترد گردد مگر آن‌که در معاملات تجاری تأدیه بیعانه به قصد آن باشد که هرگاه مشتری از پرداخت بقیه ثمن در موعد مقرر امتناع نمود، بیع منحل و بیعانه به‌عنوان خسارت ناشی از عدم انجام تعهد، متعلق به بایع باشد حتی اگر حقیقتاً خسارتی هم در اثر انحلال بیع، متوجه بایع نشده باشد. با این وصف هرگاه در دادرسی، مشتری در اثر انحلال بیع مطالبه بیعانه بنماید، در صورتی که بایع ثابت کند که بنای متبایعین در دادن بیعانه بر آن بوده که در صورت انحلال بیع، بیعانه مجاناً متعلق به بایع باشد، دادگاه قصد طرفین را محترم شمرده و طبق آن رأی می‌دهد و هرگاه این امر ثابت نشود، دادگاه طبق قاعده حقوقی،

حکم به استرداد بیعانه به مشتری را صادر می‌نماید.^۱ با عنایت به موارد مذکور به نظر می‌رسد: از آنجا که عقد استصناع عقدی لازم می‌باشد و صانع بر اساس سفارش مستصنع اقدام به تهیه لوازم و ساخت کالای مورد سفارش می‌نماید، در صورت عدم پرداخت مابقی ثمن توسط سفارش‌دهنده، طبق قاعده لا ضرر و اصل عدم تبرع حتی در صورت عدم پیش‌بینی عنوان خسارت ناشی از عدم انجام تعهد در قرارداد، بتوان بیعانه را به‌عنوان همه یا قسمتی از ضرر واردشده به صانع، متعلق به صانع دانست. در خصوص مشروعیت جهت معامله در عقد استصناع نیز، به‌طور کلی لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی در صورت تصریح باید جهت آن مشروع باشد و الا معامله باطل است.

ب) ارکان اختصاصی

صحت بیع استصناع وابسته به شروطی است که آن‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱- استصناع مانند غالب قراردادهای لازم دارد که دو طرف داشته باشد و طرفین آن با تراضی خود که به‌صورت ایجاب و قبول نمایان می‌شود آن را انشاء کنند. طرفین قرارداد می‌توانند افراد حقیقی یا نمایندگان از نهادها، موسسه‌ها، شرکت‌ها، بنگاه‌های اقتصادی و غیراقتصادی باشند. در این عقد، **سفارش‌دهنده** (مُستصنع): کسی است که ساخت کالای معین یا احداث طرح مشخصی را به دیگری (صانع یا پیمانکار) سفارش می‌دهد؛ **سفارش‌پذیر** (صانع): کسی است که می‌پذیرد کالای خاصی را بسازد یا طرح خاصی را با ویژگی‌های مشخص به طرف مقابل در زمان مشخص، ساخته و تحویل دهد و **موضوع قرارداد**: (موردالاستصناع، مستصنع یا مستصنع فیه) کالا یا طرحی است که با ویژگی‌ها و شرایط مشخص در متن عقد بیان شده است (ویژگی‌هایی که سفارش ساخت مبتنی بر آن شرایط بوده است).

۲- کالا یا طرح در زمان انعقاد قرارداد استصناع معدوم است و مقصود از قرارداد، تولید و تحویل آن کالا می‌باشد.

۳- استصناع درباره کالاهایی جریان می‌یابد که ساخته می‌شود و در کالاهای طبیعی و محصولات کشاورزی مانند: میوه‌ها، سبزیجات و حبوبات و غیره جریان نمی‌یابد؛ فروش این کالاها در قالب سلم می‌تواند محقق شود اگرچه بسته‌بندی و تبدیل این کالاها را می‌توان در قالب عقد استصناع قرارداد.

۴- در عقد استصناع لازم است، مدت مورد نیاز برای ساخت و تحویل کالایی که صانع بر اساس قرارداد تعهد به ساخت آن نموده است، تعیین و ذکر شود. در واقع در قرارداد استصناع با توجه به این که

۱- امامی، سید حسن، ص ۴۵۶



موردالاستصناع، در حال حاضر موجود نیست و توسط صانع ساخته می‌شود باید مشتری را نسبت به زمان ساخت و تحویل کالا آگاه نمود و طرفین قرارداد بر این امر توافق نمایند؛ در غیر این صورت چنانچه موعد تحویل کالا در متن عقد مشخص نباشد به سبب جهل مشتری به زمان مذکور که دارای اهمیت ویژه‌ای در این قرارداد است (زیرا کالا موجود نبوده و مشتری نمی‌تواند هر لحظه که بخواهد به صانع مراجعه نموده و از وی تسلیم مورد معامله را طلب نماید)، معامله غرری و باطل خواهد بود. از طرف دیگر نیز به‌طور معمول با تعیین مدت مورد نیاز برای ساخت و تحویل کالا، مواعیدی که مشتری باید بر طبق آن ثمن را به صانع پرداخت نماید، تعیین می‌شود. البته برخلاف تعیین موعد تحویل موردالاستصناع، الزامی بر تعیین این مواعد نیست و در صورت عدم تعیین مواعد پرداخت عوض و سکوت طرفین، چنانچه عرف مسلمی در این زمینه وجود نداشته باشد، خریدار باید مبلغ مورد توافق را به‌صورت نقد پرداخت کند؛ بنابراین صانع می‌تواند هر زمان که اراده نماید به مشتری مراجعه کرده و از وی ثمن معامله را دریافت نماید.

۵- در عقد استصناع، مبلغ قرارداد باید معلوم و معین باشد اما لازم نیست در مجلس عقد پرداخت شود بلکه می‌توان با توافق طرفین قرارداد، بخشی به‌صورت بیعانه، پیش از شروع کار و باقی‌مانده به‌تناسب پیشرفت فیزیکی کار یا مستقل از آن با زمان‌بندی خاص یا به‌طور کل به‌صورت اقساط به سازنده یا پیمانکار پرداخت شود.

۶- در عقد استصناع لازم است همه مواد اولیه و دیگر تجهیزات مورد نیاز برای ساخت کالا به‌وسیله سفارش‌گیرنده تدارک دیده شود و سفارش‌دهنده موظف به تدارک این امور نیست. مبلغی که سفارش‌دهنده می‌پردازد شامل همه کالاها و خدماتی می‌شود که برای تحویل نهایی کالا یا طرح مورد قرارداد لازم است تدارک دیده شود.

۷- در عقد استصناع، در صورت تطابق کالا یا طرح موردنظر با مشخصات پیش‌گفته در قرارداد، سفارش‌دهنده ملزم به گرفتن کالا و انجام تعهدهای متقابل می‌باشد.^۱

۸- دایره شمول عقد استصناع می‌تواند هر موضوعی را در برگیرد و در نتیجه در مورد هر کالایی که قابلیت ساخت دارد، خواه شیء کوچک نظیر کفش و صندلی و خواه در پروژه‌های عظیم سازندگی نظیر نیروگاه‌ها و سد‌ها و جاده‌ها و غیره کاربرد خواهد داشت.

^۱ - کمیجانی، اکبر و نظرپور، محمد نقی، چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، ص ۷۳-۷۲

۹- در عقد استصناع لازم است ویژگی‌های موردالاستصناع از لحاظ جنس، نوع، وصف و اندازه تعیین گردد زیرا مورد معامله در این قرارداد همانند بیع عین معین، نزد خریدار موجود نیست تا با مشاهده از وی رفع جهل شود بلکه شبیه به قرارداد سلم و یا بیع کلی است که قانون‌گذار حسب ماده ۳۵۱ قانون مدنی، صحت آن را منوط به ذکر اوصاف فوق نموده است، در نتیجه لازم است با توصیف مورد سفارش، جهالت مشتری برطرف گردد و معامله از غرری بودن خارج شده و به شکل صحیح منعقد گردد.^۱

بند دوم: آثار بیع استصناع:

آثار بیع استصناع که در واقع همان آثار تحقق‌یافته در بیع صحیح می‌باشند را به صورت مختصر بررسی می‌نماییم.^۲

الف) مالکیت و الزام به تسلیم

حسب بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی به مجرد وقوع عقد، خریدار مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن می‌شود؛ در نتیجه فروشنده ملزم به تسلیم مبیع به خریدار خواهد بود و این بند ناظر به موردی است که مبیع عین معین باشد و قابلیت تملیک را داشته باشد؛^۳ در صورتی که مبیع کلی باشد، ملکیت از زمان تسلیم آن به مشتری حاصل می‌شود زیرا در نتیجه بیع کلی، مشتری مالک چیزی شده که در ذمه و عهده بایع قرار دارد.^۴ از آنجا که تحقق تملیک در بیعی که مبیع آن کلی فی ذمه است منوط به تعیین مصداق یا تسلیم آن است^۵ می‌توان دریافت که در عقد استصناع نیز از آنجا که مبیع به صورت کلی فی ذمه می‌باشد، تحقق تملیک منوط به تسلیم آن (ساخت مصنوع به طور کامل) می‌باشد. حسب ماده ۳۶۷ قانون مدنی، مقصود از تسلیم آن است که خریدار بتواند در مبیع تصرف کند و مبیع چنان در اختیار مشتری قرار گیرد که عرف او را مسلط بر مال بداند. همچنین حسب ماده ۳۶۸ قانون مدنی، تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد اگرچه مشتری هنوز عملاً تصرف (قبض) نکرده باشد. بنابراین باید پذیرفت که تسلیم در رها کردن و در اختیار نهادن خلاصه می‌شود هر چند که گاه پاره‌ای اعمال مثبت، لازمه آن است و حسب ماده ۳۶۹ قانون مدنی، مشخص می‌گردد که در این خصوص قاعده ثابتی در چگونگی تسلیم وجود



^۱ - موسویان، سید عباس و احسان، بازوکار، احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع، ص ۲۳

^۲ - انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱، ص ۶۰

^۳ - کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی، ص ۳۰۱

^۴ - امامی، سید حسن، ص ۴۴۸

^۵ - کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی، ص ۳۰۱



ندارد و باید داوری عرف را پذیرفت.^۱ بر این اساس به نظر می‌رسد: این امر در نحوه تسلیم مال ساخته شده در عقد استصناع نیز وجود دارد. در موردی که میبایع کلی است، باید کالایی تسلیم شود که دارای همان جنس و وصف مورد توافق است، هرگاه کالا دارای اقسام گوناگون باشد، فروشنده در انتخاب فرد میبایع آزاد است ولی حسب ماده ۲۷۹ قانون مدنی، نمی‌تواند مصداقی را برگزیند که عرفاً معیوب است با وجود این، طرفین قرارداد می‌توانند، شرط نمایند که فروشنده باید از عالی‌ترین نوع کلی میبایع را انتخاب نماید و این شرط می‌تواند از مبنای تراضی دو طرف، استنباط شود. همچنین فروشنده وظیفه دارد که از میبایع نگهداری کند و در غیر این صورت، هرگاه بر اثر تعدی و تفریط او نقصی در میبایع ایجاد شود یا کالای فروخته شده از بین رود، ضامن است و هزینه‌های این نگهداری با وحدت ملاک از ماده ۶۳۳ قانون مدنی، با خریدار است که باید به فروشنده بپردازد.^۲ ثمن کلی در این امر مانند میبایع کلی می‌باشد.^۳

در مورد محل تسلیم در عقد استصناع در صورتی که ضمن عقد معلوم نشده باشد و عرف و عادت هم در بین نباشد، حسب ماده ۳۷۵ قانون مدنی محل تسلیم، محل وقوع عقد می‌باشد. هزینه‌های تسلیم میبایع نیز حسب ماده ۳۸۱ قانون مدنی بر عهده فروشنده است. البته حکم قانون مبتنی بر قاعده تکمیلی است و دو طرف می‌توانند برخلاف آن تراضی نمایند. ماده ۳۸۲ قانون مدنی ناظر به این مسئله است و چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم برخلاف ترتیبی باشد که ذکر شده و یا در عقد برخلاف آن شرط شده باشد، باید طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود و همچنین متبایعین می‌توانند آن را به تراضی تغییر دهند.» بنابراین چنانچه فروشنده و خریدار در قرارداد استصناع، نسبت به هزینه‌ها تصریح نمایند، باید مطابق تراضی عمل شود و در صورتی که به‌طور صریح توافقی وجود نداشته باشد ولی عرف و عادت مبنی بر این که فروشنده یا خریدار یا هر دو باید هزینه را بر عهده بگیرند، وجود داشته باشد، در این صورت نیز مطابق عرف و عادت اقدام می‌شود. هرگاه در قرارداد استصناع، متبایعین نه به‌طور صریح و نه به‌طور ضمنی، درباره هزینه‌ها توافقی نکرده باشند و عرف و عادت هم وجود نداشته باشد، به‌حکم قاعده تکمیلی مذکور (حسب ماده ۳۸۱ قانون مدنی) هزینه تسلیم میبایع بر عهده فروشنده و هزینه تسلیم ثمن بر عهده خریدار است. این ضابطه که در عقد بیع عمل می‌شود با قاعده کلی موجود در ایفای تعهد، حسب

۱- کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی عقود معین، ج ۱، ص ۱۶۷-۱۶۶

۲- همان، ص ۱۷۰

۳- امامی، سید حسن، ص ۴۵۱

ماده ۲۸۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «مخارج تأدیه به عهده مدیون است مگر این که شرط خلاف شده باشد.» هماهنگ است.

اثر حقوقی تسلیم این است که مسئولیت تلف به طرف قرارداد، منتقل می‌شود درحالی که اگر کالا قبل از تسلیم تلف شود به استناد قاعده «كُلُّ مَبِيعٍ تَلْفٌ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَايِعِهِ»، فروشنده حتی به ثمن ندارد و این امر را ضمان معاوضی می‌نامند.^۱ مطابق نظر مشهور، برای اعمال قاعده انفساخ عقد با تلف مبیع پیش از قبض لازم است که مبیع عین معین باشد و نه کلی (و یا در صورت کلی بودن، فرد آن معین شده باشد) زیرا هرگاه مبیع کلی باشد و فردی از افراد کلی تلف شود همچنان تعهد فروشنده باقی می‌ماند و او باید فرد دیگری را تسلیم نماید. بنابراین این قاعده زمانی اجرا می‌شود که مبیع عین معین باشد. به نظر می‌رسد که هرگاه مبیع کلی باشد از لحظه تعیین فرد کلی، مالکیت به خریدار منتقل می‌گردد و از نظر حقوقی در حکم عین معین است. از دیگر آثار عقد استصناع می‌توان گفت: از آنجا که استصناع قراردادی لازم است، دو طرف این رابطه حقوقی ملزم می‌باشند به تعهداتی که در اثر این عقد بر عهده آن‌ها قرار داده شده است، عمل نمایند. بنابراین صانع باید به تعهدی که در برابر مستصنع در مورد ساخت کالای سفارش شده در زمان مقرر داده است، عمل کند و در مقابل مستصنع نیز بر طبق توافق قبلی، در مواعد تعیین شده، عوض را به او بپردازد.

در اجرای قرارداد فوق چنانچه از ابتدا شرط ساخت کالای مورد معامله به دست مستصنع نشده و یا توافق ضمنی طرفین بر این امر تعلق نگرفته باشد، مستصنع می‌تواند از دیگری بخواهد کالا را ساخته و در زمان مقرر، کالای ساخته‌شده توسط دیگری را به مشتری تحویل دهد زیرا معمولاً آنچه برای مشتری حائز اهمیت است کالای ساخته‌شده (موردالاستصناع) بوده و در صورت اهمیت سازنده موردالاستصناع برای وی، باید به این امر تصریح نماید. در عقد استصناع در صورتی که هریک از طرفین عقد به تعهدات خود عمل نمایند، توسط حاکم مجبور به اجرای تعهدات خود می‌شوند؛ بنابراین چنانچه صانع از اقدام به ساختن کالا سرباز زند، وی را مجبور به ساختن کالا می‌نمایند و در صورت عدم امکان اجبار وی و امکان انجام عمل از سوی فرد دیگر، از دیگری می‌خواهند که کالای مورد توافق را ساخته و تحویل مستصنع دهد و هزینه مصالح و اجرت وی را از صانعی که با وی توافق شده بود می‌گیرند و چنانچه این امر نیز ممکن نباشد، مستصنع حق فسخ معامله را خواهد داشت.

^۱ - کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از عقود معین، ج ۱، ص ۹۰

در مقابل نیز چنانچه مستصنع از ایفای تعهد خود مبنی بر پرداخت عوض خودداری کند، اجبار به ایفای تعهد خواهد شد و در صورت عدم امکان این امر برای صانع، حق فسخ معامله را در نظر خواهند گرفت. لازم به ذکر است در صورتی که یکی از طرفین به سبب عدم ایفای تعهد از سوی طرف دیگر، چاره‌ای به غیر از فسخ معامله را نداشته باشد، چنانچه ارکان مسئولیت مدنی (وجود ضرر، فعل زیان‌بار، رابطه سببیت) موجود باشد، می‌تواند از این طریق جبران خسارت را از طرف مقابل بخواهد.^۱

در خصوص حق حبس در عقد استصناع، به‌طور کلی قانون مدنی حسب ماده ۳۷۷ وجود حق حبس در عقد بیع را معتبر دانسته است و در صورتی که مبیع یا ثمن مؤجل باشد، این حق را منتفی می‌داند.^۲ بر این اساس در قرارداد استصناع نیز به سبب این که در تمام موارد آن، مورد معامله و در اکثر موارد دو عوض، حال نبوده و مؤجل می‌باشند و اصولاً در مواعد تعیین شده تحویل می‌گردد، حق حبس وجود نخواهد داشت.^۳

ب) بررسی و تحلیل ضمان در این راستا

فروشنده ضامن جبران نقص مبیع است به این معنا که اگر بعد از فروش کالای معین، معلوم شود که تمام یا جزئی از آن متعلق به دیگری است، فروشنده متعهد است ثمنی را که دریافت کرده به خریدار مسترد دارد. این تعهد در اصطلاح فقهی و حقوقی ضامن درک نامیده می‌شود. ضامن فروشنده در بازگرداندن ثمن به علت مستحق‌الغیر بودن مبیع، ویژه موردی است که موضوع معامله مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد و در صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد، ضامن درک متصور نیست زیرا مبیع کلی بر عهده بائع می‌باشد و بائع باید برای ایفای تعهد، مالی را که مالک و یا از قبیل مالک مأذون می‌باشد به مشتری تأدیه نماید و در صورتی که پس از تأدیه معلوم شود که آن مال متعلق به دیگری بوده است، بائع تعهد خود را انجام نداده و تعهد به حال خود باقی است.^۴ زیرا انتخاب مبیع، دنباله تعهدی است که فروشنده ضمن عقد پیدا می‌کند تا از راه مشروع و به گونه‌ای که مالکیت خریدار را باعث شود، انجام دهد. پس اگر فروشنده مال دیگری را غصب و به‌عنوان موضوع تعهد به خریدار بدهد، به‌درستی وفای به عهد نکرده است و خریدار می‌تواند الزام او را در انتخاب فردی که قابل تملک برای خریدار باشد از دادگاه بخواهد.^۵ با این وصف در عقد استصناع

^۱ - موسویان، سید عباس و احسان، بازوکار، احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع، ص ۲۵

^۲ - کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۸۸

^۳ - موسویان، سید عباس و احسان، بازوکار، احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع، ص ۲۶

^۴ - امامی، سید حسن، ص ۴۷۲

^۵ - کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی عقود معین، ج ۱، ص ۲۲۶

نیز به نظر می‌رسد: با توجه به این که مبیع به صورت کلی فی الذمه می‌باشد، در صورت مستحق للغير بودن مبیع، فروشنده (سازنده)، موضوع تعهد خود را انجام نداده و خریدار می‌تواند الزام فروشنده یا سازنده را در انتخاب فردی که قابل تملک برای او باشد از دادگاه بخواهد.

بخش سوم: اعمال قواعد عمومی قراردادها در رابطه با آثار ویژه عقد استصناع در نظام بانکی کشور

بند اول: اوراق مبتنی بر عقد استصناع

در اقتصادهای متعارف، یکی از بهترین راه‌ها برای تأمین کسری بودجه دولت و تهیه منابع مورد نیاز مؤسسات غیردولتی، انتشار اوراق قرضه است، انتشاردهندگان این اوراق می‌توانند با تعیین نرخ بهره، زمینه لازم برای عرضه آن را در شرایط رونق و رکود اقتصادی فراهم کنند. دریافت کنندگان منابع مالی از طریق انتشار اوراق قرضه، تنها متعهد می‌شوند اصل و فرع این اوراق را در زمان سررسید به دارندگان آن پرداخت نمایند و در مقابل، قرض دهندگان نیز هیچ دخالتی در چگونگی فعالیت و دخل و خرج قرض گیرندگان ندارند و در شرایط رکود و رونق با اطمینان کامل، بازدهی حاصل از نرخ بهره را دریافت می‌نمایند. بر اساس تحریم ربا در اسلام، اوراق قرضه با توجه به ماهیت ربوی آن در بازارهای مالی اسلامی قابلیت استفاده را نخواهند داشت و می‌بایست از ابزارهای جایگزین برای آن استفاده نمود. یکی از این جایگزین‌ها، صکوک^۱ استصناع می‌باشند که با توجه به بازدهی ثابتی که دارند، بیشترین شباهت را میان انواع صکوک به اوراق قرضه دارند و می‌توانند بهترین جایگزین برای آن تلقی شوند. بر اساس تصویب شورای عالی بورس، اوراق سفارش ساخت (استصناع)، اوراق بهاداری است که ناشر بر اساس قرارداد ساخت، منتشر می‌نماید. این اوراق قابل معامله در بورس‌ها یا بازارهای خارج از بورس می‌باشد.^۲ هدف از انتشار اوراق بهادار صکوک استصناع در سازمان بورس، فراهم نمودن شرایط لازم جهت تأمین مالی فعالیت‌های پیمانکاری است و پیمانکاران و کارفرمایان با استفاده از این اوراق می‌توانند منابع مالی خود را تأمین نمایند. بنابراین می‌توان گفت صکوک استصناع، اسناد و گواهی‌های دارای ارزش یکسان هستند و برای تجمیع وجوه لازم جهت ساخت کالایی استفاده می‌شوند که تحت تملک دارنده صکوک است. ناشر صکوک استصناع به‌عنوان

۲۷۵



^۱ - صکوک جمع صک به معنای سند و سفته است و مُعَرَّب واژه چک در فارسی است. اعراب این واژه را توسعه داده و بر کلیه انواع حوالجات، تعهدات و اسناد مالی بکار بردند. در این زمینه ن. ک به موسویان، سیدعباس، ابزارهای مالی اسلامی (صکوک)، ص ۳۵۵

^۲ - نظریور، محمد نقی و ابراهیمی، محبوبه، طراحی صندوق سرمایه‌گذاری مشترک اسلامی در بازار سرمایه، فصلنامه علمی - پژوهشی

تولید کننده کالا؛ پذیره نویس آن به عنوان خریداران کالای مورد نظر؛ و وجوه جمع آوری شده به عنوان هزینه ساخت کالا می باشد. بر اساس موارد مذکور در بند اول انواع اوراق مبتنی بر عقد استصناع را مورد بررسی قرار خواهیم داد و در بند دوم به بررسی آثار اقتصادی این اوراق می پردازیم.

بند دوم: انواع اوراق

شیوه های گوناگونی برای انتشار اوراق استصناع قابل ترسیم می باشد. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نیز به استناد مواد ۸۳ و ۹۷ قانون برنامه پنجم توسعه، دستورالعمل اجرایی انتشار صکوک ریالی و ارزی استصناع که در مورخ ۱۳۹۱/۳/۲ به تصویب شورای پول و اعتبار رسید را ابلاغ نمود. تفاوت اوراق مصوب شورای پول و اعتبار با اوراق پیشنهادی در این است که اوراق پیشنهادی تنها مبتنی بر عقد استصناع می باشد و این اوراق در بازار ثانویه با تنزیل، خرید و فروش می شود؛ اما در اوراق مصوب شورای پول و اعتبار در مرحله ساخت طرح از عقد استصناع و در مرحله بهره برداری از اجاره به شرط تملیک استفاده می شود و در بازار ثانویه دارایی (طرح ساخته شده)، خرید و فروش می شود. از آنجا که برخی از فقیهان شیعه و اهل سنت خرید دین را مشروع نمی دانند، اوراق مصوب شورای پول و اعتبار از مشروعیت گسترده تری برخوردار می باشد.

اوراق استصناع به چهار صورت زیر قابل انتشار می باشند:

۱- اوراق عادی استصناع

۲- اوراق استصناع قابل تبدیل به اوراق سهام

۳- اوراق استصناع توأم با اوراق حق اختیار معامله

۴- اوراق استصناع تبدیل پذیر معکوس^۱

دارندگان اوراق استصناع نوع اول در صورت انتظار تا زمان سررسید، تنها می توانند مبلغ درج شده بر این اوراق را از انتشاردهنده آن دریافت نمایند؛ ولی دارندگان اوراق نوع دوم، علاوه بر آن، حق تبدیل اوراق را در زمان سررسید و با نرخ تبدیل معین به سهام آن شرکت و یا سایر اوراق منتشر شده از سوی آن شرکت یا حتی دارایی های مربوط را دارا می باشند. طبق قانون، هنگام تبدیل اوراق به سهام و یا دارایی، هزینه انتقال و همچنین بهای حق تقدم می تواند بر عهده دارنده این اوراق باشد. همچنین در اوراق نوع سوم، دارنده اوراق،

^۱ - نظر پور، محمد نفی، عقد و اوراق استصناع، ص ۱۹۶-۱۹۵

دارای حق تحصیل سهم یا سایر دارایی‌های تجاری است. این حقوق، در قالب برگه حق اختیار معامله به دارنده اوراق داده می‌شود و به‌طور جداگانه قابل معامله است.

ماهیت این اوراق، بدین شکل است که سرمایه‌گذار - که انتظار افزایش سهم خاصی را در آینده دارد - می‌تواند اختیار خرید سهم را خریداری کند؛ به این معنا که اختیار پیدا نماید که ظرف مدت معینی حق خرید تعداد سهم معینی را با قیمت مشخص داشته باشد و چنانچه انتظار کاهش قیمت سهم خاصی را داشته باشد، می‌تواند اختیار فروش سهم مزبور را خریداری نماید. اختیار خرید یا فروش به ترتیب مذکور با پرداخت مبلغی به‌عنوان هزینه انتخاب به دست می‌آید.^۱ اوراق حق اختیار معامله، طبق قرارداد ممکن است تبدیل به سهم گردد و به‌طور نقدی نیز قابل تسویه باشد؛ اما اوراق استصناع قبل از سررسید توسط ناشر، قابل تبدیل نیست و فقط در زمان سررسید، قابلیت دریافت تمام مبلغ اسمی را دارا می‌باشد؛ در نتیجه اوراق استصناع نوع سوم ابزار مالی ویژه‌ای است که دارای سه ارزش متفاوت از هم می‌باشد که عبارتند از: ارزش اوراق استصناع همراه با حق اختیار معامله؛ ارزش اوراق استصناع بدون حق اختیار معامله؛ و ارزش حق اختیار معامله. در اوراق استصناع نوع چهارم، موضوع به‌گونه‌ای دیگر است. در این اوراق، حق خرید سهم در اختیار دارنده این اوراق قرار نمی‌گیرد، بلکه انتشاردهنده اوراق، مخیر است در زمان سررسید در برابر تحویل اوراق و پرداخت مبلغ اسمی (مبلغ مندرج در آن)، تعداد از پیش تعیین شده سهم را تحویل دارنده اوراق بدهد. انتخاب انتشاردهنده، بین پرداخت نقدی یا تحویل تعدادی سهم به عملکرد سهم و در نتیجه چگونگی میزان قیمت، در زمان سررسید بستگی دارد. در این گونه اوراق، اگر قیمت سهم در تاریخ مقرر پایین‌تر (یا بالاتر) از آستانه تحویل سهم^۲ قرار گیرد، انتشاردهنده، سهم را به دارنده اوراق تحویل می‌دهد (یا نمی‌دهد) و اگر قیمت سهم مساوی با قیمت آستانه تحویل باشد، نسبت به تحویل یا عدم تحویل سهم بی‌تفاوت است.^۳

در اوراق استصناع هیچ‌نرخ‌ی حتی نرخ بهره، بر روی اوراق استصناع درج نمی‌گردد و تنها ارزش اسمی آن در زمان سررسید، تاریخ سررسید و ناشر آن بر روی این اوراق ذکر می‌شود و به دارنده آن هیچ مبلغ ثابت یا متغیری تحت عنوان بهره تعلق نمی‌گیرد. افرادی که اوراق نوع اول را خریداری می‌نمایند، بسته به زمان

^۱ - حاجیان، محمدرضا، ضرورت تدوین قانون بازار سرمایه در ایران، تهران، مؤسسه پولی و بانکی، ۱۳۷۷، ص ۶

^۲ - آستانه تحویل سهم، قیمتی است که ارزش اسمی صکوک استصناع و قیمت بازاری اوراق سهم برابر باشند. ن. ک به نظر پور، محمد

نقی، عقد و اوراق استصناع، ص ۱۹۸

^۳ - همان، ص ۱۹۸ - ۱۹۶

سررسید و فاصله بین خرید و سررسید، این اوراق را کمتر از مبلغ اسمی آن خریداری می‌نمایند؛ به این معنا که این اوراق را با تنزیل مبلغ اسمی دریافت و میزان سود متعلق به این اوراق، محدود به اختلاف قیمت فروش و مبلغ اسمی درج‌شده بر این اوراق است. میزان تنزیل این اوراق بدین گونه است که هرچه زمان خرید به زمان سررسید نزدیک می‌شود میزان تنزیل به سمت صفر مایل می‌شود. سود دارندگان اوراق نوع دوم و سوم متفاوت با سود حاصل از اوراق نوع اول می‌باشد زیرا علاوه بر سود حاصل از اختلاف قیمت بین مبلغ فروش و مبلغ اسمی، سود حاصل از امتیاز دریافت حق تقدم^۱ اوراق سهام در زمان معین را در اختیار خواهند گرفت؛ به این معنا که از همان ابتدا که سفارش‌دهنده این اوراق را به پیمانکار می‌دهد، تفاوت نقدی قیمت اجرای طرح مبالغ درج‌شده بر این اوراق کمتر از صورتی است که سفارش‌دهنده بخواهد به پیمانکار اوراق استصناع عادی بدهد. بازدهی و سود اوراق استصناع نوع چهارم با واریانس بیشتری (انحراف معیار استاندارد به این معنا است که چقدر از حد نرمال یا میانگین، فاصله وجود دارد) نسبت به سایر اوراق استصناع، همراه است و بسته به قیمت اوراق، سهام متغیر خواهد بود؛ در نتیجه حداکثر بازدهی آن، بازدهی حاصل از تفاوت قیمت خرید و قیمت سررسید می‌باشد و از این جهت مانند اوراق عادی استصناع می‌باشد؛ ولی ممکن است در صورتی که قیمت سهام کاهش یابد، بازدهی آن اوراق نیز متناسب با آن کاهش یابد. این ویژگی در این اوراق سبب می‌شود، در ابتدا که سفارش‌دهنده این اوراق را به پیمانکار می‌دهد، تفاوت قیمت نقدی اجرای طرح و مبالغ درج‌شده در زمان سررسید، بیشتر از انواع دیگر اوراق استصناع باشد زیرا این احتمال وجود دارد قیمت سهام در زمان سررسید کاهش یابد و انتشاردهنده آن به‌جای پول نقد، معادل قیمت سررسید، سهام را به دارنده اوراق تحویل دهد به طوری که با افزایش خطر، بازدهی هم باید افزایش یابد و این افزایش بازدهی، خود را در مراحل بعدی به صورت افزایش نرخ تنزیل بیشتر نشان می‌دهد؛ به این معنا که قیمت این اوراق، نسبت به سایر انواع اوراق، با حفظ سایر شرایط باید پایین تر باشد.^۲

^۱ - منظور از حق تقدم، حفظ حقوق سهامداران موجود در قدرت رأی‌گیری در هنگام افزایش سرمایه است. حق تقدم خرید، حقی است که در صورت افزایش سرمایه برای کسب نسبتی از سهام جدید مطابق با سهمیه سهام‌دار در سرمایه سهام قبلی، بکار برده می‌شود. حق پذیره‌نویسی حاصله باید در چهارچوب محدودیت زمانی اعمال شود. در این زمینه ن. ک به جمشیدی، ابوالقاسم، بازار سرمایه، تهران، مؤسسه خدمات فرهنگی رسا، ۱۳۸۲، ص ۷۵

^۲ - نظرپور، محمد نقی، عقد و اوراق استصناع، ص ۲۰۰-۱۹۸

بند سوم: آثار اقتصادی

۱- با استفاده از اوراق استصناع، دولت و نهادهای دولتی می‌توانند کسری بودجه خود را در پروژه‌های عمرانی، تأمین مالی نمایند و از آنجا که سررسید این اوراق، پس از دوره اتمام طرح است و مبالغ در آن زمان‌ها پرداخت می‌شود، تزریق این مبالغ چون تقریباً همراه و متناسب با افزایش حجم کالا یا خدمات و رشد اقتصادی است، آثار منفی بسیار کمی بر جامعه می‌گذارد.

۲- بانک مرکزی می‌تواند از طریق عملیات بازار باز، تمام یا بخشی از این اوراق استصناع را تنزیل و خریداری نماید و قیمت آن‌ها را به دارندگان اوراق بدهد و با این اقدام به سیاست پولی انبساطی اقدام ورزد؛ یعنی در وضعیت رکود اقتصادی، این اوراق با قیمت بیشتری در مقایسه با قیمت رایج بازار خریداری می‌شود و از این طریق، حجم نقدینگی جامعه و به تبع آن مخارج کل و قیمت‌ها و اعتبارات مؤسسه‌های پولی افزایش می‌یابد و بالعکس در شرایط رونق اقتصادی، بانک مرکزی می‌تواند سیاست انقباضی پولی اعمال کرده و اوراق را با قیمت پایین‌تر به تقاضاکنندگان بفروشد.^۱ از سوی دیگر با به کارگیری اوراق استصناع، دولت می‌تواند ضمن تأمین مالی پروژه‌های عمرانی، از حجم استقراض‌های خود از بانک مرکزی بکاهد و مانع بالا رفتن پایه پولی شود.^۲

۳- در مقایسه اوراق استصناع نسبت به اوراق مشارکت که در حال حاضر در سطح وسیعی مورد استفاده می‌باشد، می‌توان گفت: در صورتی که اوراق مشارکت به معنای واقعی آن منتشر و مورد استفاده قرار گیرد، بدین معنا است که چند نفر یا چند شخصیت حقیقی یا حقوقی برای انجام کاری مشخص، با خرید اوراقی که نشان‌دهنده مقدار مشارکت آن‌ها است، بر اساس قرارداد خاص با هم شریک می‌شوند و پس از انجام کار، سود حاصل که سود سرمایه است به نسبت مشارکت بین آنان تقسیم می‌شود. این اوراق به گونه‌ای طراحی می‌شود که قابل خرید و فروش در بازار ثانویه باشد. برای رسمیت بخشی به این اوراق، وزارت اقتصاد و دارایی یا سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی آن را تأیید می‌کنند و وزارتخانه‌ها و نهادهای مربوطه نیز از سرمایه به‌دست آمده، در جایگاه وکیل مردم به سرمایه‌گذاری اقدام می‌ورزند که با ملاحظه این ویژگی‌ها درمی‌یابیم، سود اوراق مشارکت از قبل تعیین شده نیست و متناسب با سودی که در پایان

^۱ - نظربور، محمد نقی، اوراق بهادار استصناع (سفارش ساخت کالا) ابزاری برای سیاست پولی، فصلنامه علمی - پژوهشی اقتصاد اسلامی، زمستان ۱۳۸۴، ش ۲۰، ص ۱۰۰

^۲ - شعبانی، احمد و قلیچ، وهاب، قابلیت اوراق بهادار اسلامی در مهار تورم به عنوان ابزار سیاستی، فصلنامه علمی - پژوهشی اقتصاد اسلامی، پاییز ۱۳۹۰، ش ۴۳، ص ۱۴۹

پروژه به دست می‌آید تقسیم می‌شود؛ با این وصف در اوراق مشارکت، میزان سود غیرقطعی و همراه با مخاطره و ریسک می‌باشد. در این اوراق در صورتی که وضعیت اقتصادی و وضعیت کسب و کار مطلوب باشد، سود بالا و در غیر این صورت، سود پایین یا حتی ممکن است منفی باشد؛ اگرچه سود علی‌الحساب و تضمین آن، از این مخاطره به مقدار بسیاری می‌کاهد با این وجود، در صورتی که در پایان پروژه، محاسبه دقیقی از سود به عمل آید، طبیعی است که مقدار اولیه سود علی‌الحساب نباید مبنای تصمیم‌گیری مشارکت‌کنندگان قرار گیرد؛ در نتیجه با توجه به موارد مذکور و همچنین ماهیت واقعی اوراق مشارکت، افرادی به خرید این اوراق اقدام می‌نمایند که ریسک‌پذیر باشند زیرا افراد از نظر روان‌شناختی و روحیات شخصی، یکسان نیستند و برخی با روحیه ریسک‌پذیری چنانچه در آمد و بازده فراوانی را در پروژه‌ای احتمال دهند، حاضر به سرمایه‌گذاری در آن زمینه می‌شوند، با این وصف برای این افراد مناسب است در اوراق مشارکتی سرمایه‌گذاری نمایند. (ولی به نظر نگارندگان در عمل سپرده‌گذاران دریافت زیان را قبول نمی‌نمایند و بر این اساس با همان سود علی‌الحساب که در ابتدا مشخص و پرداخت آن تضمین شده، اقدام به سرمایه‌گذاری می‌نمایند و انتظار بیشتری ندارند) با وجود اوراق مشارکت، اقشار دیگری از جامعه وجود دارند که به عللی تمایل به حصول اطمینان از مقدار بازده سرمایه‌شان را دارند. به‌طور مثال: این اشخاص طرحتی در ذهن خود برای زندگی آینده یا فعالیت اقتصادی خاص دارند که میزان درآمد برای آنان اهمیت بسیار دارد. این افراد به‌طور طبیعی به سرمایه‌گذاری همراه با ریسک تمایل ندارند و با انتشار اوراق استصناع می‌توان به جذب سرمایه‌های این گروه، اقدام نمود. بر این اساس می‌توان گفت: اوراق استصناع مکمل اوراق مشارکت در جذب سرمایه‌ها می‌باشد و نه جایگزین آن زیرا اوراق استصناع دارای سررسید مشخص و معین است (به‌طور مثال ۲ ساله، ۵ ساله یا ۱۰ ساله) و فردی که این اوراق را با قیمت مشخصی در بازار اوراق بهادار خریداری می‌نماید، اطمینان دارد که در زمان سررسید، قیمت این اوراق متناسب با وضعیت رونق و رکود اقتصادی تغییر نخواهد کرد بلکه همچنان مقدار ثابتی باقی خواهد ماند که این مقدار، همان مقدار اسمی اوراق استصناع بوده و به‌وسیله انتشاردهنده آن تعیین شده است (اگرچه در صورت فروش این اوراق قبل از سررسید، قیمت آن، متأثر از وضعیت اقتصادی خواهد بود) و در نتیجه شخص دارنده اوراق می‌تواند از زمان خرید اوراق، بدون هیچ‌گونه مخاطره و ریسکی روی مبلغ آن، برای خود طرح و برنامه‌ریزی داشته باشد.

هنگامی که اوراق استصناع به ازای انجام طرح و پروژه‌ای با قیمت مشخصی در زمان سررسید به پیمانکار داده می‌شود؛ در واقع همه ریسک به او منتقل خواهد شد زیرا کسی که اوراق استصناع را صادر

می‌نماید، در زمان سررسید مبلغ مشخصی را در ذمه خود پذیرفته است و با تغییر اوضاع و احوال اقتصادی، سیاسی و اجتماعی، تغییری در این تعهد ایجاد نمی‌شود. این در حالی است که پیمانکاری که انجام پروژه‌های را تا زمان مشخصی تعهد کرده است، ممکن است در اثر شرایط پیش گفته با سود بیشتر یا کمتر یا حتی با زیان قابل توجهی مواجه شود و در مقابل افرادی که در اوراق استصناع سرمایه‌گذاری می‌نمایند، بدون هیچ ریسکی در زمان سررسید از سود از پیش تعیین شده بهره‌مند خواهند شد. از تفاوت بین این دو اوراق می‌توان نتیجه گرفت که چون سود انتظاری اوراق مشارکت، همراه با مخاطره و عدم اطمینان است، باید نرخ سود انتظاری آن بالاتر از نرخ سود اوراق استصناع باشد تا افراد رغبت بیشتری به خرید آن از خود نشان دهند.

۴- به جهت نوع بازدهی اوراق استصناع اگرچه این اوراق، هم برای پروژه‌های کوتاه‌مدت و هم برای پروژه‌های بلندمدت قابلیت بهره‌مندی را دارد، با این وجود، برای پروژه‌های کوتاه‌مدت از جهاتی مناسب‌تر می‌باشد؛ به‌طور مثال: قیمت فعلی پروژه با نرخ بازده ۱۰ یا ۱۵ درصد می‌تواند مبنای میزان قیمت اسمی اوراق استصناع قلمداد شود. از آنجا که نرخ تورم برای پروژه‌های کوتاه‌مدت، به‌طور مثال: یک سال یا دو سال قابل پیش‌بینی است، این نرخ بازده می‌تواند نرخ واقعی تلقی شود. دولت یا دستگاه‌های انتشاردهنده این اوراق می‌توانند با برنامه مشخص، پروژه‌های کوتاه‌مدت خود را از این طریق تأمین مالی نمایند و خریداران اوراق هم می‌توانند به بازده‌های مورد انتظار دست یابند.

۵- با توجه به طرح‌های فراوان نیمه تمامی که اغلب به جهت کمبود اعتبارات متوقف مانده است، اوراق استصناع اهمیت ویژه‌ای می‌یابد زیرا در زمان آغاز اغلب این طرح‌ها با توجهات فنی، اقتصادی یا حتی سیاسی، مقداری بودجه به آن‌ها اختصاص داده می‌شود و در سال‌های بعد به علت محدودیت اعتبارات، اجرای آن‌ها متوقف می‌شود؛ در صورتی که اگر در ابتدای طرح به پیمانکار، اوراق استصناع داده شود، دولت خود را موظف می‌داند با تضمینی که وزارت اقتصاد و دارایی یا هر نهاد معتبری نموده است، در زمان سررسید، کل مبالغ پرداخت شود؛ در عین حال پیمانکار نیز از آنجا که می‌تواند این اوراق را تا زمان سررسید نگه دارد و به پول تبدیل نماید، یا این که در ابتدا یا وسط دوره، آن را با قیمت کمتر از قیمت اسمی بفروشد و دغدغه‌های اعتباری را نداشته باشد، می‌کوشد در موعد مقرر، طرح را به پایان رسانده و آن را تحویل دهد؛ اگرچه در زمان سررسید اوراق استصناع، نهاد انتشاردهنده باید معادل مبلغ اسمی، پول در اختیار دارنده آن قرار دهد. همچنین از آنجا که طرح، طبق معمول در مدت سررسید یا حوالی آن به اتمام رسیده و محصول آن به بازار می‌آید، مشکلی از جهت افزایش نقدینگی نیز ایجاد نمی‌شود زیرا متناسب با



رشد محصول اگر پول بیشتری به جامعه تزریق شود نه تنها مشکلی را ایجاد نمی کند بلکه فقدان نقدینگی مناسب در این صورت، مشکل را خواهد بود.

۶- نظام حسابداری برای این اوراق بر اساس بدهکار، بستانکار تعریف می شود که سهولت خاصی دارد و تصمیم گیری و میزان سود و زیان در آن آسان تر محاسبه می شود؛ ولی نظام حسابداری در اوراق مشارکت از سنخ سرمایه و سود است و همه دارندگان اوراق با هم در یک فعالیت اقتصادی مشارکت می نمایند.^۱

۷- اوراق استصناع می تواند بر ریشه های تورم اثرگذار باشد. یکی از شاخصه های تورم در ایران، تورم رکودی است. اوراق استصناع طرح ها و پروژه ها، ابزار مناسبی است که ضمن جمع آوری بخشی از نقدینگی از جامعه و هدایت آن به سمت پروژه های عمرانی و تولیدی بر کاهش این نوع تورم تأثیر می گذارد؛ البته ساخت و تکمیل پروژه ها فقط در بلندمدت بر بخش عرضه کل اقتصاد، اثرگذار بوده و این تأثیر منوط به هدایت مناسب سرمایه ها به سمت پروژه هایی است که توجیه و بازده اقتصادی خوبی داشته باشند. اوراق استصناع کالاها و تجهیزات که به طور معمول دوره زمانی کوتاه تری نسبت به اوراق استصناع پروژه های ساخت و ساز دارند، می تواند به نوعی تأمین مالی بنگاه های اقتصادی را بر عهده بگیرد که در زمان حاضر به رغم شدت نیاز به کالا یا تجهیزات خاص، از منابع مالی چندانی بهره مند نیستند. این بنگاه ها با استفاده از این اوراق و سپردن سفارش ساخت، افزون بر این که تا حدی احتیاج شدید خود به سرمایه های استقراری با نرخ های بالا را منتفی می سازند، در مجموع از فشارهای هزینه تولید کاسته و با رونق تولید و عرضه، بخشی از مازاد تقاضای موجود در بازار را در میان مدت و بلندمدت به اجابت می رسانند. طبیعی است که این روند با کنترل نسبی تورم ناشی از فشار تقاضا و تورم ناشی از فشار هزینه ها بر کاهش نرخ تورم در جامعه، تأثیر مثبتی بر جای خواهد گذاشت. با توجه به این که سررسید این اوراق، پس از آماده سازی طرح و پروژه است، هم زمان با تسویه اوراق، بخش عرضه کل نیز دچار تحرک شده و این امر از فشارهای تورمی در زمان سررسید اوراق می کاهد. افزون بر این موارد، اگر سمت وسوی کالاها و تجهیزاتی که به وسیله اوراق استصناع، سفارش ساخت می گیرند به طرف خود کفایی در تولید کالاها و تجهیزات وارداتی باشد، شاید بتوان از این راه به کنترل هر چند نسبی تورم وارداتی به عنوان یکی دیگر از ریشه های تورم در ایران دست پیدا کرد.^۲

^۱ - نظریور، محمد نفی، اوراق بهادار استصناع (سفارش ساخت کالا) ابزاری برای سیاست پولی، ص ۱۰۶-۱۰۴

^۲ - شعبانی، احمد و قلیچ، وهاب، پیشین، ص ۱۴۹

۸- در مجموع انتشار اوراق بهادار استصناع و پذیرش آن در بازار بورس و استقبال مردم از آن می‌تواند کسری بودجه دولت را به شیوه‌ای مناسب تأمین مالی نماید؛ نقدینگی بخش خصوصی را جمع‌آوری و آن را به سمت سرمایه‌گذاری‌های مولد و تولیدی سوق دهد، همچنین از نقدینگی جامعه در صورت نیاز کاسته و عرضه پول را کاهش دهد و از این طریق به اهداف موردنظر، نظیر مهار تورم و ایجاد اشتغال و موازنه تجاری و غیره نائل آید.^۱

بند چهارم: تأمین مالی مبتنی بر عقد استصناع

با توجه به کاربرد و مزایای وسیع استفاده از عقد استصناع، بانک‌ها می‌توانند به تأمین مالی طرح‌های خصوصی، دولتی و بخش‌های عمومی غیردولتی بپردازند و از این رو، علاوه بر رونق اقتصادی و تأمین نیازهای مالی متناسب با شرایط و موقعیت‌های اقتصادی، سود مناسب نیز به دست آورند.

الف) انواع تأمین مالی

۱- تأمین مالی طرح‌های خصوصی

شرکت‌ها یا اشخاصی که می‌خواهند طرح‌های خاصی را با مشخصات و شرایط ویژه اجرا نمایند و با این وجود، همه یا بخشی از اعتبارات لازم را در اختیار ندارند، می‌توانند با بانک وارد مذاکره شوند تا در این زمینه، بانک ابزار مورد نیاز صنعتگران را در قالب قرارداد سفارش ساخت کالا به سازنده دهد و مبلغ مورد توافق را یا در ابتدا و یا به تناسب پیشرفت کار به سازنده پرداخت نماید. کالای ساخته‌شده پس از تحویل به بانک، به ملکیت بانک درآمده و پس از آن بانک، کالا را به سفارش‌دهنده واگذار می‌نماید و از مابه‌التفاوت نقدی و نسیه، به سود مناسب دست می‌یابد. قراردادی که بانک با این متقاضیان منعقد می‌سازد می‌تواند خود نیز در قالب عقد استصناع صورت پذیرد که در این صورت استصناع موازی یا غیرمستقیم تحقق می‌یابد. در صورتی که بانک در جایگاه پیمانکار بتواند با تأمین مالی خود این طرح خاص را اجرا نماید و در زمان‌بندی خاصی، مبالغ را از سفارش‌دهنده دریافت کند، در این صورت استصناع مستقیم تحقق می‌یابد. به کارگیری شیوه استصناع غیرمستقیم توسط بانک‌ها، برای تأمین نیازهای واقعی متقاضیان، کاربردی‌تر و مطلوب‌تر به نظر می‌رسد زیرا از طرفی موجب عدم درگیری بانک‌ها در مسائل اجرایی و عملیاتی تولید کالا یا احداث طرح‌های مختلف با همه گستردگی و مشکلات آن می‌شود و از طرف دیگر، بانک‌ها را بی‌نیاز از فراهم نمودن امکانات و تجهیزات لازم جهت تولید و انجام سفارش هر مشتری می‌نماید.

^۱ - نظرپور، محمد نقی، اوراق بهادار استصناع (سفارش ساخت کالا) ابزاری برای سیاست پولی، ص ۱۰۶





در این صورت بانک فقط شیوه‌های تأمین مالی را می‌پذیرد که این شیوه‌ها در دو عقد استصناع منعقد (عقد استصناع میان بانک و مشتری و عقد استصناع میان بانک و سازنده) متفاوت می‌باشد. در واقع، بانک در یک عقد استصناع مبالغی را نقداً پرداخت می‌نماید و در عقد استصناع دیگری، مبالغ پرداخت شده را از مشتری همراه با سود موردنظر بانک به صورت اقساطی دریافت می‌دارد. بانک‌ها از مابه‌التفاوت نقد و نسیه و هزینه‌های جانبی عملیاتی که انجام می‌دهند سود لازم را بر اساس قرارداد استصناع، کسب می‌نمایند.^۱ به طور مثال: بانک می‌تواند برای احداث مسکن و اجرای طرح‌های ساختمانی مورد نیاز متقاضیان از عقد استصناع استفاده نماید؛ بدین گونه که بانک، مسکن با ویژگی‌های مشخص را احداث، سپس در قالب قرارداد فروش اقساطی (به طور مثال پانزده ساله) به متقاضیان واگذار نماید و تا زمانی که واپسین قسط پرداخت نگردد، سند در رهن بانک خواهد بود. مالک زمینی که مسکن در آن احداث می‌شود، می‌تواند متقاضی یا بانک احداث کننده مسکن یا طرف ثالث باشد. در صورت سوم لازم است قرارداد خاصی بین مالک و بانک یا بین مالک و متقاضی منعقد شود و بانک در این صورت فقط عملیات احداث را در قالب عقد استصناع انجام خواهد داد. به همین صورت بانک می‌تواند ساخت هواپیما، کشتی، بندرها، بزرگراه‌ها، آزادراه‌ها و ... را در قالب عقد استصناع عهده‌دار شود.^۲ در نتیجه با انعقاد این قرارداد هم تسهیلات موردنظر متقاضی مبتنی بر نیازش تأمین می‌شود و هم بانک کسب سود می‌نماید. قابل ذکر است که بانک نمی‌تواند قبل از آماده شدن کالای مورد سفارش توسط سازنده، اقدام به فروش اقساطی یا اجاره به شرط تملیک کند زیرا کالا موجود نیست و ابتدا بایستی ایجاد مالکیت بانک بر روی کالای مورد تقاضا مسجل شود و سپس اقدام به فروش کالا نماید.

۲- تأمین مالی طرح‌های دولتی و بخش عمومی

به منظور تأمین مالی طرح‌های دولتی و بخش عمومی، در صورتی که وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و به طور کلی بخش‌های عمومی برای اجرای طرح‌های دولتی خود منابع مالی کافی در اختیار نداشته باشند، در این موارد بانک می‌تواند در قالب قرارداد سفارش ساخت کالا، این طرح‌ها را تأمین مالی نماید؛ در نتیجه قراردادی بین متقاضی که در بخش‌های عمومی یا دولتی می‌باشد با بانک منعقد می‌شود. چنانچه این قرارداد به صورت استصناع مستقیم منعقد شود، بانک آن را اجرا می‌نماید و در صورت واسطه‌گری (استصناع موازی)، بانک طرح را با ویژگی‌های موردنظر به پیمانکار یا پیمانکاران دیگر واگذار می‌نماید. بخش دولتی و عمومی که

^۱ - کمیجانی، اکبر و نظریور، محمد نقی، چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، ص ۸۴

^۲ - نظریور، محمد نقی، عقد و اوراق استصناع، ص ۱۶۰

سفارش دهنده این طرح است، در خصوص زمان بندی پرداخت ها در سررسیدهای مشخص با بانک به توافق می رسد؛ بانک نیز با در نظر گرفتن سود معین و هزینه معطلی وجوه پرداختی خود، مبالغ مورد نظر خود را از دولت یا بخش عمومی دریافت می نماید.^۱

۳- واسطه گری بانک بین شرکت های بزرگ و صاحبان صنایع

در این شیوه بانک بر اساس عقد استصناع با تأمین منابع مالی و واسطه گری بین شرکت های بزرگ خصوصی یا دولتی با صاحبان صنایع کوچک در مورد تحویل کالا یا کالاهایی با مقدار و کیفیت معین در آینده به کسب سود می پردازد. در واقع شرکت های بزرگ خصوصی یا دولتی تقاضای ساختن را به بانک می دهند و بین بانک و شرکت بزرگ خصوصی یا دولتی قرارداد سفارش ساخت کالا منعقد می شود؛ از طرف دیگر بانک قرارداد سفارش ساخت کالا را با صاحبان صنایع کوچکی که منابع مالی کافی ندارند، منعقد می کند و بدین روش صنعتگر را تأمین مالی می نماید. بعد از ساخت و تحویل کالا توسط صنعتگر به بانک، بانک نیز طبق تعهد اولیه آن را به متقاضی منتقل می کند. این واسطه گری برای بانک کسب سود می نماید زیرا قیمت مورد توافق بانک و تولیدکننده کالا از قیمت دریافتی بانک (که می تواند به صورت اقساطی هم باشد) از متقاضی (سفارش دهنده) کمتر است، در نتیجه مابه التفاوت این قیمت، سود بانک محسوب می شود.^۲

ب) آثار اقتصادی

۱- بانک ها در تأمین مالی مبتنی بر قرارداد استصناع می توانند با جمع آوری وجوه محدود و پراکنده سپرده گذاران و با در هم آمیختن آنها با سرمایه خود، این وجوه را به طرح های کوچک و بزرگ خصوصی و عمومی، احیاء و اکتشاف معادن و کالاهای صنعتی خاص که در بازار موجود نمی باشد، اختصاص داده و زمینه رشد و شکوفایی اقتصادی جامعه را فراهم سازند. بدین منظور لازم است بانک ها از توان کارشناسی بالا و قابل قبولی برخوردار باشند. شاید به همین دلیل، بانک های تجاری رغبتی در به کارگیری عقد استصناع از خود نشان ندهند و در مقابل بانک های تخصصی آسان تر می توانند این عقد را به کار بندند.^۳

^۱ - کمیجانی، اکبر و نظرپور، محمد نقی، چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، ص ۸۵

^۲ - نظرپور، محمد نقی، عقد و اوراق استصناع، ص ۱۶۱

^۳ - کمیجانی، اکبر و نظرپور، محمد نقی، چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، ص ۸۶





۲- از آنجا که در تأمین مالی مبتنی بر قرارداد استصناع با بخش حقیقی اقتصاد سروکار خواهیم داشت و بر این اساس کالایی ساخته و یا طرحی احداث می‌گردد، در نتیجه با عنایت به مناسب بودن شیوه پرداخت و امکان پرداخت مرحله‌ای مبالغ کالا و طرح در زمان‌های توافق، می‌توان انتظار داشت در صورتی که از حجم وسیعی از این قرارداد استفاده شود، موجبات گسترش تولید و مبادله کالا در بخش واقعی اقتصاد، فراهم شود.

۳- در تأمین مالی مبتنی بر قرارداد استصناع از آنجا که سازندگان و صنعتگران کالاهایی را تولید می‌نمایند که پیشاپیش سفارش آن را دریافت نموده‌اند در نتیجه با انگیزه و جرأت بیشتری می‌توانند به تولید و ارائه کالاهای موردنظر همت گمارند و از تردید در مورد آینده اقتصادی مصون بمانند؛ این امر می‌تواند زمینه‌های پیشرفت و گسترش کمی و کیفی آنان را به دنبال داشته باشد.

۴- عملیات استصناع برای صاحبان کارگاه‌های صنعتی کوچک، اهمیت ویژه‌ای دارد زیرا به‌طور معمول شرکت‌های بزرگ و متوسط، سفارش مشتریان را دریافت نموده و منابع مالی خود را به‌راحتی تأمین می‌نمایند؛ اما صاحبان کارگاه‌های کوچک، معمولاً در تأمین مالی از منابع داخلی خود، با مشکلات جدی مواجه می‌باشند. بنابراین ورود بانک در تأمین مالی کارگاه‌های کوچک و وساطت بین آن‌ها و شرکت‌های بزرگ و نهادهای عمومی و دولتی (که متقاضی کالا با ویژگی معین هستند)، فرصت مناسبی را برای رشد و کسب درآمد صاحبان صنایع کوچک فراهم می‌نماید. به‌طور مثال: بانک‌های تخصصی می‌توانند میان شرکت‌های خودروسازی و شرکت‌های قطعه ساز در قالب عقد استصناع، واسطه‌گری نمایند.

۵- با تأمین مالی مبتنی بر قرارداد استصناع توسط بانک‌ها، می‌توان ضمن پاسخ‌گویی به نیازهای واقعی متقاضیان کالاهای خاص و طرح‌هایی با ویژگی‌های معین و تأمین مالی تولیدات به شیوه‌ای مناسب، مجموعه عقود بانکی را متناسب با شرایط اقتصادی گسترش داد. در این زمینه می‌توان از تجارب موفق بانک‌های اسلامی در زمینه به‌کارگیری گسترده عقد استصناع که می‌تواند الگوی خوبی برای بانک‌های داخل کشور باشد، استفاده نمود.^۱

نتیجه‌گیری

عقد استصناع می‌تواند بر اساس ماهیت ذاتی خود، پاسخگوی سلیقه‌های متنوع افراد، بنگاه‌های اقتصادی، تولیدی و بخش‌های دولتی و عمومی در احداث طرح‌ها و پروژه‌های خرد و کلان، قرار گیرد و جایگزین

^۱ - نظرپور، محمد نقی، عقد و اوراق استصناع، ص ۱۶۳-۱۶۲

مناسبی برای عقود مورد استفاده مانند: سلم، جعاله، مشارکت مدنی، در تخصیص منابع بانک‌ها در نظام بانکی کشور باشد. همچنین این عقد می‌تواند با انتشار اوراق مبتنی بر عقد استصناع علاوه بر تأمین کسری بودجه دولت و تأمین نیاز افراد ریسک‌گریز در سرمایه‌گذاری با جمع‌آوری نقدینگی و هدایت آن‌ها به سمت سرمایه‌گذاری مولد، منجر به مهار تورم، ایجاد اشتغال و موازنه تجاری گردد. از سوی دیگر بانک‌ها می‌توانند با تأمین مالی مبتنی بر عقد استصناع در طرح‌های خصوصی، دولتی و بخش‌های عمومی غیردولتی، علاوه بر دستیابی به سود مناسب، اسباب ایجاد طرح‌های کوچک و بزرگ خصوصی و عمومی، احیاء و اکتشاف معادن و تولید کالاهای صنعتی خاص که در بازار موجود نمی‌باشد را فراهم سازند. از آنجا که در تأمین مالی مبتنی بر قرارداد استصناع، کالایی ساخته و یا طرحی احداث می‌گردد و همچنین با توجه به مناسب بودن شیوه و امکان پرداخت مرحله‌ای مبالغ کالا یا طرح در زمان‌های توافقی می‌توان انتظار داشت، چنانچه حجم وسیعی از این قرارداد مورد استفاده قرار گیرد، موجبات گسترش تولید و مبادله کالا در بخش واقعی اقتصاد فراهم می‌شود.

قرارداد استصناع در نظام بانکی کشور در زیرمجموعه عقود مبادله‌ای قرار می‌گیرد. با عنایت به ماهیت معاملاتی که در چهارچوب استصناع در بازار منعقد می‌شود به نظر می‌رسد: قرارداد استصناع، عقد است و از آنجا که عقد بیع به اعتبارات مختلفی تقسیم‌بندی می‌شود، ماهیت قرارداد استصناع، منطبق بر بیع کالی به کالی می‌باشد و اطلاق و عمومات آیات «احل الله البیع»، «أوفوا بالعقود»، «تجاره عن ترأض منکم» و مواد مختلف قانون مدنی، بیانگر تنفیذ آن می‌باشد. از اوصاف و ویژگی‌های خاص عقد استصناع می‌توان در شیوه سفارش ساخت کالا: به استصناع مستقیم و غیرمستقیم؛ شیوه انعقاد آن در بانک: به استصناع اول و دوم؛ در خصوص اموال موضوع عقد: به موجود نبودن کالای مورد سفارش و رفع جهل و غرر با ذکر جنس، مقدار، وصف و سایر ویژگی‌های مورد انتظار؛ تهیه مواد اولیه و لوازم کار توسط سازنده و ضرورت معلوم و معین بودن مبلغ قرارداد و همچنین لزوم تعیین مدت‌زمان لازم برای ساخت و تحویل کالا اشاره نمود. برخلاف عقد سلم در عقد استصناع لزومی به پرداخت کل ثمن در مجلس عقد نمی‌باشد و معمولاً با توافق طرفین قرارداد، بخشی به صورت بیعانه پیش از شروع کار و باقی‌مانده به تناسب پیشرفت فیزیکی کار یا مستقل از آن با زمان‌بندی خاص به صورت دفعی یا تدریجی تا زمان تحویل کالا به سازنده پرداخت می‌شود. عقد استصناع می‌تواند هر موضوعی را که قابلیت ساخت دارد در برگیرد با این وجود، در کالاهای طبیعی و محصولات کشاورزی مانند: میوه‌ها، سبزیجات و حبوبات و غیره جریان نمی‌یابد؛ فروش این



کالاها در قالب سلم می‌تواند محقق شود اگرچه بسته‌بندی و تبدیل این کالاها را می‌توان در قالب عقد استصناع قرارداد.

در خصوص جریان اختیارات در عقد استصناع به نظر می‌رسد: با توجه به مؤجل بودن مبیع و ثمن در عقد استصناع به غیر از خیار مجلس، سایر اختیارات خاص عقد بیع در این عقد جریان نمی‌یابند. در خصوص سایر اختیارات نیز به نظر می‌رسد: به غیر از اختیارات تخلف از رؤیت، تخلف از وصف و عیب که در عقد استصناع جاری نمی‌شوند و همچنین خیار تبعض صفقه که باید در امکان حدوث آن قائل به تفکیک گردید، امکان جریان سایر اختیارات در عقد استصناع، با توجه به ماهیت عقلایی و عام این اختیارات، وجود دارد و طرفین معامله در ضمن قرارداد یا پس از آن می‌توانند آن‌ها را ساقط نمایند.

منابع و مآخذ:

الف - کتب فارسی

- ۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، کتاب‌فروشی اسلامیة، چ پانزدهم، ۱۳۷۴، ج ۱
 - ۲- انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، انتشارات جنگل، چ سوم، ۱۳۷۸
 - ۳- حاجیان، محمدرضا، موانع و مشکلات اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی کشور، تهران، پژوهشکده پولی و بانکی، زمستان ۱۳۹۰
 - ۴- صالح‌آبادی، علی، بازارهای مالی اسلامی، تهران، دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۵
 - ۵- کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، تهران، نشر میزان، چ سی و نهم، ۱۳۹۲
 - ۶- کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی عقود معین، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ دوازدهم، ۱۳۹۲
- ج ۱
- ۷- کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ پنجم، ۱۳۸۷، ج ۵
 - ۸- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ سوم، ۱۳۹۲، ج ۲
 - ۹- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ پنجم، ۱۳۸۷، ج ۴
 - ۱۰- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ یازدهم، ۱۳۹۲، ج ۵
 - ۱۱- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از عقود معین، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ شانزدهم، ۱۳۹۰، ج ۱
 - ۱۲- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی، تهران، میزان، چ سی و چهارم، ۱۳۹۱
 - ۱۳- منصوری، سعید، ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران، تهران، میزان، ۱۳۸۹
 - ۱۴- نظریور، محمد نفی، عقد و اوراق استصناع، قم، دانشگاه مفید، ۱۳۹۲



ب - مقالات

- ۱۵- دهقانی نژاد، عباس و عابدینی، حسین، تحلیل مفهوم عقد استصناع، فصلنامه مطالعات حقوقی دولت اسلامی، پاییز ۱۳۹۱، ش ۱
- ۱۶- شعبانی، احمد و قلیچ، وهاب، قابلیت اوراق بهادار اسلامی در مهار تورم به عنوان ابزار سیاستی، فصلنامه علمی - پژوهشی اقتصاد اسلامی، پاییز ۱۳۹۰، ش ۴۳
- ۱۷- کمیجانی، اکبر و محمد نقی نظریور، چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، فصلنامه اقتصاد اسلامی، ۱۳۸۷، ش ۳۰
- ۱۸- ملاکریمی، فرشته، بررسی فقهی عقود مباحه، خرید دین و استصناع، فصلنامه تازه‌های اقتصاد، پاییز ۱۳۹۰، ش ۱۳۳
- ۱۹- موسویان، سید عباس، اوراق بهادار استصناع مکمل بازار سرمایه ایران، فصلنامه علمی و پژوهشی جستارهای اقتصادی، ۱۳۸۶، ش ۸
- ۲۰- موسویان، سید عباس و احسان، بازوکار، احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع، فصلنامه بورس اوراق بهادار، ۱۳۹۲، ش ۲۱
- ۲۱- مؤمن قمی، محمد، استصناع (قرارداد سفارش ساخت)، فصلنامه فقه اهل‌بیت، ۱۳۷۶، ش ۱۲ و ۱۱
- ۲۲- میثمی، حسین، مباحه، استصناع و خرید دین به‌عنوان ابزارهای جدید بانکداری اسلامی، فصلنامه تازه‌های اقتصاد، ۱۳۹۱، ش ۱۳۵
- ۲۳- نظریور، محمد نقی، اوراق بهادار استصناع (سفارش ساخت) ابزاری برای سیاست پولی، فصلنامه اقتصاد اسلامی، ۱۳۸۴، ش ۲۰
- ۲۴- نظریور، محمد نقی، عملیات بازار از طریق اوراق استصناع مشکلات و راه‌حل‌ها، فصلنامه اقتصاد اسلامی، ۱۳۸۵، ش ۲۲
- ۲۵- هاشمی شاهرودی، سید محمود، استصناع، فصلنامه فقه اهل‌بیت، ۱۳۷۸، ش ۲۰ و ۱۹

