

مریم نقدی دورباطی

عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرکرد^۱

محمد رضا حیدریان

مدرس دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرکرد^۲

جایگاه بیع استصناع (قرار داد سفارش ساخت) در فقه شیعه و سنی

چکیده

در میان جوامع انسانی، انواع معاملات وجود دارد و انسان‌ها با توجه به وضع اقتصادی و مالی خویش از هر یک از آن اقسام بهره می‌جویند. از جمله؛ معامله‌ی استصناع است که در آن، شخص نزد صنعتگر می‌رود و از او می‌خواهد کالایی را برای او بسازد و میان آن دو قراردادی منعقد می‌شود. آنچه که گاه به آن اشاره می‌شود آن است که از دیدگاه فقه شیعه این گونه معامله صحیح نیست و منسوب به عدم صحت است، هدف نوشتار حاضر، بررسی مبانی فقهی این گونه از بیع در میان شیعه و اهل سنت و از سوی دیگر بیان چگونگی استفاده از این گونه از معامله در نظام بانکداری اسلامی است.

واژگان کلیدی:

بیع، استصناع، سلم، صنیع، جعاله، اجاره، فروش اقساطی

^۱ . naghdi@iaushk.ac.ir

^۲ . Mr.heidariyan@iaushk.ac.ir

طرح مسأله

مجموعه احکامی که از سوی شارع مقدس برای انسان‌ها معین شده است، در یک دسته‌بندی کلی به دو گروه تقسیم می‌شوند.

جمله‌ای از احکام به مسائل عبادی انسان‌ها و مکلفان عنایت دارد که به آنها احکام عبادی گویند که در حقیقت اشاره به نوعی ارتباط میان خالق و مخلوق می‌نمایند احکامی همچون احکام نماز، احکام روزه، احکام خمس،... و دسته‌ی دیگر از احکام اشاره به بعد اجتماعی مکلفان دارد که به احکام اجتماعی معروفند و شامل احکامی همچون، احکام خانواده، احکام مدنی و جزایی، احکام حاکم بر معاملات و مسائل اقتصادی... می‌شوند که در حقیقت هدف از وضع این دسته از احکام تنظیم روابط اجتماعی میان انسان‌هاست. البته در این بین جمله‌ای از مسائل مستحدثه برای انسان‌ها مطرح می‌شود که گاه به صورت مستقیم در میان احکام اشاره‌ای به آنها شده و این جا است که جایگاه پویایی اجتهاد مورد توجه قرار می‌گیرد و انتظار می‌رود که مجتهد با عنایت به اصولی که در دست دارد به پاسخ‌گویی به مسائل و اموری که جامعه بشری بدان نیاز دارد بپردازد و در این گونه از اجتهاد توجه به عرف موجود در جامعه‌ی متشرعه نقش به‌سزایی در اصل اصدار حکم از سوی مجتهد خواهد داشت و این واقعیت به‌گونه‌ای دارای اهمیت است که مجتهد بدو توجه به عرف متشرعه قادر نخواهد بود که حکمی را که منسوب به شارع مقدس است، صادر نماید.

از جمله احکام عرفی که در میان جوامع بشری مورد اقبال قرار می‌گیرد، اقسام عرف درباره‌ی معامله‌ها و تجارت‌های رایج در میان مردم است که شارع مقدس نیز هنگامی که در آن معامله اضرار و ظلمی وجود نداشته باشد آن را مجاز اعلام کرده و نهی در مورد آن بیان نکرده است و هنگامی که منجر به غرر به شخص مقابل شود از آن گونه بیع ممانعت شده است، معامله‌هایی همچون؛ بیع ملامسه^۱ و بیع منابذه^۲.

در میان انواع معامله‌های رایج در جوامع بشری، بیع استصناع است که در این نوشتار به شرح آن خواهیم پرداخت و از سوی دیگر دیدگاه شیعه و اهل سنت را در مورد آن

۱- هنگامی که فروشنده با مشتری شرط کند؛ اگر کالا را لمس کرد، معامله واجب خواهد بود.

۲- هنگامی که فروشنده شرط کند؛ ریگ به هر کالایی برخورد کرد، آن کالا به مشتری فروخته شود.

بررسی خواهیم کرد و در فرازی دیگر آن را در نظام بانکداری اسلامی تبیین خواهیم ساخت.

بیع و استصناع

- بیع در لغت به معنای بذل مضمن و اخذ ثمن است و یا بذل الثمن و اخذ مضمن و در اصطلاح عبارت است از انشای تملیک عین به مال. (شیخ انصاری، ۳۰۷/۱)
بیع در یک تقسیم‌بندی کلی ممکن است به یکی از این سه گونه تحقق یابد: بیع نقدی، بیع نسبه و بیع سلف.

- استصناع از ریشه‌ی صنع و مصدر باب استفعال است که از جمله ابواب ثلاثی مزید به شمار می‌آید و در لغت به معنای طلب ساخت و یا تولید کالا است.
- بنابراین بیع استصناع عبارت است از پیش فروش چیزی که موجود نیست و صرفاً وصف آن بیان می‌شود و فروشنده یا دیگری آن را می‌سازد. (حسینی ۹۸، ۱۳۸۳)
استصناع عبارت است از توافق سفارش دهنده با صنعتگر برای ساختن کالایی معین مانند میز و لباس. در این توافق‌نامه، تهیه‌ی مواد اولیه و عملیات ساخت کالا بر عهده‌ی سازنده است. از این عنوان در باب تجارت یاد شده است.

مسأله‌ی استصناع جز به اختصار در کلمات تعداد اندکی از قدما، مطرح نشده است. از این رو، روشن نیست که ماهیت آن از منظر فقها، عقد است یا چیزی دیگر و در صورت عقد بودن، صحیح است یا باطل و در فرض صحت، لازم است یا جایز و در فرض لزوم، بیع است یا اجاره؟ از کسانی که متعرض مسأله شده‌اند، تنها شیخ طوسی بر عقد بودن آن تصریح کرده، اما آن را باطل دانسته است. در کلام ابن حمزه و ابن سعید آمده است: اگر کسی کالایی سفارش دهد و صنعتگر آن را بسازد، سازنده بین تحویل و عدم تحویل آن و سفارش دهنده بین قبول آنچه ساخته شده و رد آن، مخیرند. البته برخی معاصران، مقاله‌ی مستقلی در مسأله‌ی یاد شده نوشته و به تفصیل در این باره که استصناع، عقدی مستقل است یا از نمونه‌های بیع یا اجاره یا شبیه آن مانند جعاله است

یا ترکیب یافته از چند عقد است و یا این که عقد نیست، بلکه سفارش ساخت بر وجه ضمان می‌باشد، سخن گفته‌اند. (جمعی از پژوهشگران، ۴۲۸/۱)^۱

در حقیقت استصناع، قرار دادی است با تولید کننده برای ساختن چیزی که در آن خریدار را مستصنع و فروشنده یا تولیدکننده را صنّیع و کالای ساخته شده را مصنوع می‌گویند. اکنون قبل از پرداختن به اصل مبحث لازم است به نظرهای بیان شده درباره‌ی این گونه از معامله در مجامع فقهی نظری بیان‌دازیم و آنگاه به تجزیه و تحلیل دقیق آن بپردازیم.

به تعبیر دیگر استصناع یا قرارداد سفارش ساخت، قراردادی بین دو شخص شامل؛ حقیقی و حقوقی است که بر مبنای تولید کالایی خاص یا اجرای پروژه یا طرحی با ویژگی‌های مشخص، در آینده انجام می‌شود، که سفارش گیرنده که همان پیمانکار است، در ازای گرفتن مبالغ قرارداد در زمان‌های توافق شده که قسمتی از آن می‌تواند به صورت نقد و قسمتی هم به صورت اقساط باشد، به تناسب پیشرفت کار و یا حتی مستقل از آن باشد.

نکته‌ی مهم این که در استصناع باید اوصاف کالا یا ویژگی‌های پروژه‌ی مد نظر، به وضوح تبیین شود؛ به‌گونه‌ای که هیچ ابهام و یا موردی باقی نماند و مبلغ قرارداد باید معلوم و معین باشد، ولی لازم نیست همه یا بخشی از آن، در هنگام امضای قرارداد، پرداخت شود. بلکه با توافق طرفین قرارداد می‌شود بخشی از آن به صورت بیعانه، قبل از شروع کار، و باقیمانده به تناسب پیشرفت فیزیکی کار و یا حتی مستقل از آن و مطابق زمان بندی خاص و یا به طور کل به صورت اقساط به سازنده یا پیمانکار، پرداخت شود. مواد اولیه و سایر تجهیزات برای ساخت کالا، لازم است که توسط پیمانکار، تهیه شود و سفارش دهنده موظف به تدارک آن نیست و مبلغی که سفارش دهنده پرداخت می‌کند شامل همه‌ی کالاها و خدماتی است که برای تحویل نهایی کالا یا طرح مورد

۱- محمود عبدالرحمن، بیع استصناع را این‌گونه تعریف کرده است:

بیع الاستصناع: فی اللغة: طلب الصنعة. و اصطلاحاً: عقد علی مبيع فی الذمة شرط فيه العمل، کذا قال الکاسانی. أو: طلب عمل شيء خاص علی وجه مخصوص مادته من الصانع، کأن یقول شخص لآخر: اصنع لی بابا صفتة کذا و کذا بأوصاف یحددها بکذا جنبها مثلا و یقبل الصانع ذلک، فهذا هو الاستصناع. (۴۰۴/۱)

قرارداد، لازم است، انجام شود. در صورت تطابق کالا یا طرح مورد نظر با مشخصات داخل قرارداد، سفارش دهنده باید به تعهدات خود عمل کند.

نظرگاه‌های مطرح در فقه شیعه

نکته‌ی قابل ذکر آن که در میان مباحثی که از سوی فقهای شیعه در مباحث مربوط به معامله‌های بیان شده، کمتر عالمی است که اشاره به بیع استصناع داشته و بلکه می‌توان ادعا کرد که از میان فقهای بزرگ شیعه تنها کسی که آشکارا از این نوع از معامله سخن گفته و حکم آن را همراه با ادله‌ی خویش بیان کرده، شیخ طوسی است.

وی معتقد است: سفارش ساخت چکمه کفش و ظرف‌هایی که از چوب، برنج، سرب و آهن ساخته می‌شود روا نیست. شافعی نیز همین دیدگاه را برگزیده است و ابوحنیفه معتقد است: این قرار داد سفارش جایز است زیرا مردم این گونه قرار دادها را منعقد می‌کنند. دلیل ما بر بطلان این قرار داد این است که ۱- ما اجماع داریم که تحویل دادن این کالا بر صاحب صنعت واجب نیست و او مختار است که کالا ی مورد معامله را تحویل دهد و یا قیمت را به سفارش دهنده نیز ملزم به تحویل گرفتن آن نیست حال آن که اگر قرار داد صحیح بود بر هم زدن آن جایز نبود.

۲- کالای مورد قرارداد در فرض بیان شده مجهول است بدین معنا که نه به‌وسیله‌ی دیدن مشخص شده است و نه از طریق بیان ویژگی‌ها و صفات، بنابراین قرار داد مذکور جایز نیست. (۲۱۵/۳، ۱۴۰۷)

و البته همو نیز در کتاب سلم از مبسوط این‌گونه گفته است:

سفارش ساخت چکمه و کفش و ظرف‌هایی که از چوب یا برنج یا آهن و یا مس ساخته می‌شوند جایز نیست و اگر چنین سفارشی دهد قراردادش صحیح نخواهد بود و صاحب صنعت مختار است که آن کالا را تحویل دهد و یا ندهد (شیخ طوسی، ۱۳۷۸)

البته ادله‌ای را که شیخ طوسی بیان داشته است می‌توان بدین گونه پاسخ داد که در مورد دلیل اول ایشان که ادعای اجماع بر عدم صحت داشته‌اند، تحقق اجماع مدعی بسیار مشکل است چرا که اصولاً در میان بزرگان و فقهای پیش از وی درباره‌ی بیع

استصناع اظهار نظری صورت نپذیرفته است در نتیجه نمی‌توان ادعای اجماع بر بطلان داشت.

اما درباره‌ی دلیل دوم که از سوی شیخ مطرح شده است مبنی بر این که بیع استصناع از نمونه‌های بیع مجهول خواهد بود نیز قابل پذیرش نیست چرا که با مراجعه به عرف و معامله‌هایی که از این نوع میان جوامع بشری تحقق پیدا می‌کند آشکار خواهد شد که به هنگام قرار داد ویژگی‌های کالا به‌گونه‌ای دقیق مطرح می‌گردد در نتیجه ادعای ضرری و غرری بودن معامله استصناع مسموع نخواهد بود.

ماهیت استصناع در فقه اهل سنت

بیشتر مذاهب چهار گانه اهل سنت، معتقد بر صحت بیع استصناع هستند ولی در میان کلام آنها تفاوت‌هایی به چشم می‌خورد. بیشتر علمای حنفیه معتقدند که استصناع عقد است و دلایلی که آنان اقامه کرده‌اند عبارتند از:

۱. استصناع بر خلاف قاعده‌ی کلی لا تبع مالیس عندک است وصحت آن از طریق استحسان اثبات می‌شود.
۲. در استصناع خیار رویت ثابت است در حالی که وعده هیچ الزامی برای طرفین ایجاد نمی‌نماید تا برای بر هم زدن آن نیازی به خیار باشد.
۳. در استصناع صانع به محض دریافت ثمن مالک آن خواهد شد در حالی که وعده موجب انتقال مالکیت نمی‌شود. البته با این حال که حنفی‌ها استصناع را عقد دانسته‌اند در بیع ویا اجاره بودن آن اختلاف نظر است و در یک تقسیم‌بندی به دو گروه تقسیم شده‌اند:

اول: قائلین به اجاره بودن استصناع

برخی از آنان معتقدند که در استصناع با توجه به این که شخص سازنده برای ساخت کالا اجیر می‌شود استصناع نوعی اجاره خواهد بود.

دوم: قائلین به بیع بودن استصناع

بیشتر فقهای حنفی استصناع را از اقسام بیع دانسته‌اند ولی معتقدند که این تأسیس ماهیت و شرایط و احکام مختص به خود را داراست. (الکاسانی، ص ۲)

سوم: حقیقتی مرکب

برخی دیگر از فقهای عامه اعتقادشان بر آن است که استصناع در ابتدا اجاره و در نهایت منتهی به بیع خواهد شد. در میان مذاهب اهل سنت آن گروه که بیع استصناع را از باب بیع سلم بیان کرده‌اند (همانند مالکی‌ها) تمام شرایطی را که در بیع سلم مورد نیاز است، در این گونه از بیع نیز لازم داشته‌اند، شرایطی همچون پرداخت تمام ثمن در مجلس عقد و لازم بودن عقد.

البته ابو حنیفه علاوه بر دو شرط بیان شده دو شرط دیگر را نیز برای تحقق استصناع لازم داشته است:

۱. معین شدن جنس و نوع و مقدار و صفت مصنوع مورد معامله به شکلی که هر گونه غرر را از معامله زایل کند.
۲. برای تحویل مصنوع مدت زمانی خاص معین نگردد چرا که در صورت تعیین زمان تحویل، استصناع انقلاب به سلم پیدا خواهد کرد.

و این در حالی است که کسانی که استصناع را از باب بیع معدوم دانسته‌اند آن را مشروط به هیچ شرطی بیان نکرده‌اند و عقد این گونه از معامله‌ها را عقدی غیرلازم می‌دانند هر چند استصناع با این وصف بر خلاف قاعده کلی (لا تبع ما لیس عندک) می‌باشد ولی از باب استحسان و سیره مستمره میان مردم قابل توجیه خواهد بود. در هر صورت بنا بر این نظر (بیع معدوم) اگر سازنده (صنّیع) کالا را ساخت، سفارش دهنده کالا، در گرفتن و نگرفتن آن و فسخ عقد مختار خواهد بود چرا که برای او خیار رویت ثابت خواهد بود.

تفاوت میان استصناع و سلم (سلف)

برای بیان تفاوت موجود میان این دو معامله ابتدا نگاهی به تعریف آن‌ها می‌اندازیم:

بیع استصناع عبارت است از پیش فروش چیزی که موجود نیست و صرفاً وصف آن بیان می‌شود و فروشنده یا دیگری آن را می‌سازد (حسینی ۱۳۸۲، ۹۸).
بیشتر تعریف‌هایی که از استصناع شده به همان شکلی است که آمد، یعنی تأکید بر قرار داد سفارش ساخت دارد که به امضای دو طرف معامله (مستصنع و صنّیع) در می‌آید و از جهت دیگر ساخت آن کالا برابر با ویژگی‌ها و شرایط معین در عقد و در مقابل بهای معینی صورت خواهد پذیرفت.

محقق حلی در شرایع الاسلام بیع سلف را این‌گونه تعریف کرده است:
بیع سلف عبارت است از خرید مالی مضمون تا مدت معین در عوض مال حاضر.^۱
(۵۵/۳، ۱۴۰۹)

و شیخ ضیاء‌الدین عراقی در شرح خویش بر تبصره علامه حلی، بیع سلف را این‌گونه تعریف کرده است:

بیع سلف که مرادف با سلم نیز هست عبارت است از اثبات مال فی الذمه در مقابل مبذول در زمان حاضر (نقدی).^۲ (۳۳۴/۵، ۱۴۲۳)
و حضرت امام خمینی در این‌باره آورده‌اند:
و به سلف سلم نیز گفته می‌شود و آن عبارت است از خرید کلی مدت دار در مقابل ثمن حال عکس معامله نسیئه.^۳ (۴۹۹/۱)

نقاط مشترک بین بیع استصناع و سلف

همان‌گونه که از مجموع تعریف‌ها به دست می‌آید نقاط مشترکی از جمله موارد زیر میان استصناع و سلف وجود دارد:

- الف- چه در سلم و چه در استصناع کالای مورد معامله بر ذمه‌ی فروشنده خواهد بود و باید در موعد مقرر بیان کند.
- ب- هم در بیع سلم و هم در استصناع کالای مورد معامله وجود خارجی ندارد و باید بعد از عقد قرار داد ساخته شود.

۱- بیع سلف هو ابتیاع مال مضمون الی اجل معلوم بمال حاضر.

۲- و هو کما قیل مرادف السلم و هو اثبات مال فی الذمه بمبذول فی الحال.

۳- و یقال: السلم ایضاً و هو ابتیاع کلی موجل بثمان حال عکس النسیئه.

ج- در هر یک از استصناع و سلم باید ویژگی‌های کالای سفارشی به‌گونه‌ای بیان شود که هر گونه غرر در معامله و جهل در آن منتفی گردد.
تنها فرقی که میان استصناع و سلف وجود خواهد داشت آن است که در سلف تحویل ثمن کالا باید قبل از تفرق میان مسلم و مسلم الیه تحقق پذیرد.
چنانچه محقق حلی می‌فرماید:

شرط سوم در صحت بیع سلف قبض ثمن قبل از تفرقه است پس قبض راس المال قبل از تفرقه شرط در صحت عقد است و اگر قبل از قبض ثمن از هم جدا شوند بیع باطل است و اگر بعض از ثمن را بگیرد بیع به نسبت مقبوض صحیح خواهد بود. و به نسبت باقی معامله باطل است.^۱ (شرایع الاسلام، ۱۴۰۹، ۷۵/۲)

علت تأکید بر قبض ثمن قبل از تفرق آن است که اگر این‌گونه قبض تحقق نیابد معامله از جمله معامله‌های کالی به کالی و یا بیع دین به دین خواهد شد. و این در حالی است که در معامله استصناع این شرط (قبض ثمن قبل از تفرق) بیان نشده است و لازمه‌ی این سخن این خواهد بود که می‌توان بهای کالا را نپرداخت در حالی که کالای سفارش داده شده نیز در ذمه باشد و با این وصف معامله از موارد بیع نسئته به نسئته خواهد شد و این در حالی است که این قسم از معامله مورد نهی شارع مقدس قرار گرفته، چنانچه از امام صادق (ع) نقل شده است:

رسول خدا (ص) گفت: دین را با دین معامله نکنید.^۲ (حر عاملی، ۱۴۱۶، ۳۴۷/۱۸)

این اشکالی است که در مسأله‌ی استصناع به چشم می‌خورد و باید به‌گونه‌ای آن را حل کرد که موجب حکم به صحت معامله استصناع گردد. از جمله روایت‌هایی که بر درست بودن بیع دین به دین است؛ صحیحه طلحه بن زید است که از امام صادق (ع) به نقل از رسول اسلام (ص) نقل کرده که حضرت بر باطل بودن بیع دین به دین تأکید دارد. (همو، ۲۹۸/۱۸)

اما مطلب مهم این است که در فرض مبحث استصناع هیچ یک از سفارش‌دهنده و صنایع پیش از عقد هیچ‌گونه بدهی نسبت به یکدیگر ندارند بنابراین نمی‌توان این معامله

۱- الشرط الثالث (فی صحه بیع السلف) القبض قبل التفرق. قبض راس المال قبل التفرق شرط فی صحه العقد و لو افترقا قبله بطل و لو قبض بعض الثمن صح فی المقبوض و بطل فی الباقی.

۲- قال رسول الله (ص): لا یباع الدین بالدین.

را بدین شکل از نمونه‌های بیع دین به دین دانست. زیرا همان گونه که با مراجعه به عرف نیز این مطلب فهمیده می‌شود عرف از بیع دین به دین این مطلب را متوجه می‌شود که هر دو عوض قبل از وقوع معامله به صورت دین بوده است.

روایت قابل استناد دیگر، روایتی است از علی بن جعفر از برادر بزرگوارش موسی بن جعفر(ع) که می‌آورد:

علی بن جعفر می‌گوید از موسی بن جعفر(ع) از معامله سلم با دین سؤال کردم حضرت فرمودند اگر بگویی این و این را در مقابل این و این از تو خریدم مانعی ندارد.^۱ (همو، ۲۹۹/۱۸)

همان گونه که از ظاهر روایت استفاده می‌شود، به استناد (لاباس) که از سوی حضرت بیان شده مشروعیت معامله سلم را که قبض ثمن در مجلس صورت نگرفته است بیان می‌کند و بیان حضرت به گونه شرط مشعر به این مطلب است که بهای کالا باید معین باشد تا منجر به معامله غرری نگردد.

البته از سوی دیگر با توجه به مطالب بیان شده از سوی فقها درباره‌ی شرطیت قبض ثمن قبل از تفرق، این مطلب به دست خواهد آمد که بزرگانی که این شرط را ذکر کرده‌اند همچون: محقق حلی در شرایع (۵۷/۲) و شهید ثانی در شرح لمعه (۵۳۵/۴) و علامه حلی در تبصره (ص ۱۰۳) و شهید اول در لمعه الدمشقیه (ص ۱۱۶) در ادامه بیان این شرط دلیل نیاز این معامله به شرطیت قبض ثمن قبل از تفرق را منجر نشدن معامله به بیع دین به دین بیان کرده‌اند.

و نتیجه این که اصولاً در ما نحن فیه بیع دین به دین مطرح نیست در نتیجه عدم اقباض ثمن در مجلس مضر به معامله نخواهد بود. نهایت مطلبی را که می‌توان ادعا کرد این که بیان شرط قبض ثمن قبل از تفرق، در جمله شروط سلف، از باب شرط لزوم معامله است نه این که شرط صحت قصد شده باشد. بنابراین می‌توان معامله سلم را منعقد ساخت و بعد از مدتی ثمن کالا را پرداخت کرد و به نظر ضیاءالدین عراقی اجماعی که اقامه شده، مبنی بر شرطیت قبض فی الجملة، قدر متقین از آن رفع ید از اصاله اللزوم است و نهایتاً اصاله الصحه باقی خواهد ماند. (۳۵۱/۵)

۱- سالتة عن السلم فی الدین؟ قال: اذا قال: اشتریت منک کذا و کذا و کذا فلا باس.

پس باز هم در چنین حالتی که قبض فی المجلس تحقق نیابد، صحت معامله پا بر جا خواهد بود. در نتیجه با این بیان دیگر فرقی میان استصناع و سلم وجود نخواهد داشت و اگر هم کسی ادعا کند که غالباً معامله سلم بر محصولات کشاورزی و مانند آن تحقق می‌یابد، باز هم به استناد عموم حکم شارع بر حلیت و جواز بیع و با توجه به دید عرف که در زمان حاضر استصناع را از جمله بیع می‌دانند معامله استصناع از مقوله سلم بوده و حتی با عدم قبض ثمن فی المجلس، معامله صحیح خواهد بود.

عقد استصناع در نظام بانکی

بانک‌ها به یکی از دو شیوهی زیر می‌توانند از عقد استصناع در معاملات خود استفاده کنند:

الف- بانک می‌تواند به عنوان فروشندهی کالا با اوصاف و شرایط معلوم با خریدار وارد معامله و انعقاد عقد استصناع شود و آنگاه در مقام خریدار و به استناد عقد استصناع موازی با تولیدکنندگان کالا قرار داد را امضاء کند که به این روش اصطلاحاً عقد استصناع موازی گویند که در این گونه از قرار داد و معامله، ثمن معامله می‌تواند نقد و یا موجدل و یا در قالب تعیین اقساط باشد.

ب- بانک مجاز است که بر اساس عقد استصناع کالایی را خریداری نماید و آن را بر اساس تعیین اقساط عقد استصناع، کالایی را خریداری نماید و آن را بر اساس تعیین اقساط و یا پرداخت موجدل به خریدار بفروشد که به این سبک از عقد، عقد استصناع فروش گویند. و از سوی دیگر بانک‌ها می‌توانند با استفاده از اوراق استصناع دولت، نهادها و سازمان‌های دولتی می‌توانند منابع لازم را برای اجرای طرح‌های مصوب که به طور کامل توجیه اقتصادی و ملی دارند، تدارک دیده، به صورت مناسب کسری بودجه را در این زمینه تأمین کنند.

البته قابل ذکر است که صحت هر کدام از دو شکل بیان شده بر اساس ماده‌ی ۱۰ از قانون مدنی بدون اشکال خواهد بود. چنانچه در قانون بیان شده این‌گونه آمده است: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است و البته عرف حاکم بر جامعه متشرعه نیز بر آن صحت

می‌گذارد و از سوی دیگر با وجود و تحقق قرار دادهای فوق‌الذکر نباید، نظم عمومی و اخلاق حسنه در درون جامعه مورد خدشه قرار گیرد چرا که در صورت ایجاد اخلاق در نظم عمومی و اخلاق حسنه به واسطه‌ی قرار داد، منجر به حکم به ابطال آن قرار داد خواهد شد. (جعفری لنگرودی، ۸۰۱۳۸۲)

دامنه‌ی این ماده، آن‌چنان گسترده است که حتی عقود معین را نیز شامل می‌شود البته مشروط به این‌که وسیله تجاوز به احکام امری آن عقود نشود و هم‌چنین منظور از تعبیر (صریح قانون) تایید اصل مباح بودن قرار دادهاست و کنایه از این‌که در منع قانون‌گذار تردید نباشد و گرنه قرارداد مخالف روح قانون نیز باطل است. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۳۲)

در عقد استصناع فروش، خریدار، تقاضایی را برای خرید کالا با تعیین مشخصات و قیمت معلوم آن به بانک تسلیم می‌کند و بانک در ادامه مراحل به احتساب مبلغ پرداختی در عقد خواهد پرداخت و در نهایت خود را متعهد به تولید و تحویل کالای مورد در خواست از سوی متقاضی در زمان معین و با اوصاف مشخص خواهد کرد و البته مبنای فقهی این التزام نیز عمومات دال بر وفای به عهد و توجه به عقود است. عموماتی مانند:

۱- آیه‌ها

ای کسانی که ایمان آورده‌اید به قرار دادهایی که می‌بندید پایدار بمانید.^۱ (مائده / ۱)
ای کسانی که ایمان آورده‌اید در اموال دیگران تصرف نکنید جز این‌که معامله با رضایت طرفین باشد.^۲ (نساء / ۲۹)

۱- یا ایها الذین آمنوا او فوا بالعقود.

۲- یا ایها الذین آمنوا لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم.

۲- روایت‌ها

روایت اول: امام صادق(ع) فرمودند: مسلمانان ملزم به رعایت شروط معین شده هستند مگر آن که شرط مخالفت با کتاب خداوند نماید که در این صورت تقید به آن شرط جایز نیست.^۱ (حرعاملی، ۱۶/۱۸)

روایت دوم: عبد الله بن سنان از امام صادق(ع) نقل می‌کند که از ایشان شنیدم که فرمود. هر کس شرطی مخالف کتاب خداوند کند عمل به آن جایز نیست و بر کسی که آن شرط قرار داده شده عمل به آن جایز نیست و مسلمانان باید مقید به شرط‌های خود باشند در آنچه که با کتاب خداوند موافقت می‌کند.^۲ (همو، همان‌جا)

روایت سوم: مردم بر دارایی‌های خود تسلط دارند.^۳ (مجلسی، ۲۷۲/۲) که از این روایت، حقوق دانان، اصل احترام مالکیت را استنباط کرده‌اند.

و شیخ انصاری در توضیح آن می‌فرماید: مقتضای سلطنتی که شارع آن را امضا فرموده، این است که جایز نباشد گرفتن آن مال از مالک و تملک آن مال بدون رضایت و خشنودی مالک. (۳۲۸/۱)

و اما در عقد استصناع موازی، بانک تولید کالایی را با اوصاف معین به تولیدکننده سفارش می‌دهد و درباره‌ی قیمت و زمان تحویل کالای ساخته شده به توافق می‌رسد و از سوی دیگر تولیدکننده خود را متعهد می‌داند که کالای معین شده به صفت را در زمان مشخص شده تحویل دهد.

تفاوت قرار داد استصناع با سایر عقود بانکی

استصناع و جعاله

جعاله عبارت است از التزام شخص به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی، چه طرف معین باشد یا غیر معین. (ماده‌ی ۵۶۱ ق م)

۱- عن ابی عبدالله(ع) قال: المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله فلا یجوز.

۲- عن عبدالله بن سنان عن ابی عبدالله(ع) قال: سمعته یقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لکتاب الله فلا یجوز له و لا یجوز علی الذی اشترط علیه و المسلمون عند شروطهم مما وافق کتاب الله عزو جل.

۳- روایت نبوی: الناس مسلطون علی اموالهم.

و هم چنین در ماده‌ی ۵۶۳ از قانون مدنی آمده است: معلوم بودن اجرت از تمام جهات لازم نیست و از سوی دیگر عمل ممکن است مردد باشد و کیفیات آن نیز نامعلوم باشد. (ماده‌ی ۵۶۴ ق م) جعاله، تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هر یک از متعاملان می‌توانند رجوع کنند و آن‌گونه که در ماده‌ی ۶۷ از قانون عملیات بانکی بدون ربا تصریح شده است: بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امور تولیدی بازرگانی و خدماتی با تنظیم قرار داد به عنوان عامل یا عند الاقتضاء به‌عنوان جاعل مبادرت به جعاله نمایند.

این در حالی است که قرار داد استصناع، از عقود لازم تلقی شده و ناظر به فروش کالا است و باید کیفیت تولید کالا در قرار داد استصناع به گونه‌ای بیان شود که هیچ وجه غرری در آن وجود نداشته باشد.

استصناع و اجاره

هر گاه شخص اجیر در انجام کاری می‌گردد موظف به ارائه‌ی مصالح و لوازم تولید نیست و این در حالی است که در قرار داد استصناع تولیدکننده‌ی کالا ملزم به تهیه‌ی مصالح و مواد اولیه‌ی لازم جهت تولید کالا خواهد بود و از جهت دیگر هر گاه شخصی شخص دیگر را اجیر بر انجام کاری می‌کند در واقع اجاره عقد بر عمل شخص اجیر است و بها نیز در مقابل آن عمل پرداخت می‌گردد در حالی که در استصناع عقد بر ساخت عین و کالای خارجی تحقق می‌یابد و تنها چیزی را که از صنایع می‌خواهد، تولید کالا است.

استصناع و فروش اقساطی

در ماده‌ی ۱ از دستور العمل اجرایی فروش اقساطی از قانون عملیات بانکی بدون ربا، فروش اقساطی این‌گونه تعریف شده است:

عبارت است از واگذاری عین به بهاء معلوم به غیر، بترتیبی که تمام یا قسمتی از بهای مزبور به اقساط مساوی و یا نامساوی در سر رسید یا سر رسیدهای معین دریافت گردد.

همان‌گونه که از تصریح این ماده، به‌دست می‌آید به هنگام عقد قرار داد فروشی اقساطی، عین مورد معامله موجود است و این در حالی است که در استصناع کالای

مورد نظر در حال حاضر موجود نبوده و در آینده تولید خواهد شد و از سوی دیگر در این ماده بیان شده است که تمام یا قسمتی از بهای مزبور به اقساط مساوی و یا نامساوی در سر رسید دریافت می‌گردد لازمه‌ی این سخن آن است قیمت در فروش اقساطی هنگام انعقاد قرار داد باید معین باشد و قطعی، در حالی که در بیع استصناع این‌گونه نیست بلکه می‌توان با احتساب هزینه‌های پروژه به‌عنوان بخشی از قیمت معامله قیمت را درخاتمه معین کرد.

نتیجه‌گیری

- ✓ منظور از استصناع سفارش ساخت کالایی است بر اساس توصیفی که از سوی مستصنع صورت می‌پذیرد به همراه تعیین بها در مقابل تولید کالا و در ظرف مدت مشخص.
- ✓ امروزه قرارداد استصناع منحصر در سفارش ساخت چکمه و کفش و ظرف‌های چوبی نیست بلکه گاه متعلق استصناع، خلق اثری هنری مانند نقاشی و خطاطی است و گاه متعلق به سفارش ساخت مصنوعات گرانبها همچون ساخت هواپیما و کشتی و تجارت‌های بین‌المللی است.
- ✓ عدم قبض ثمن در مجلس پیش از تفرق در بیع سلم منجر به بیع دین به دین نخواهد شد و از این رو بیع سلم و استصناع به شکلی یک نوع هستند.
- ✓ قبض ثمن قبل از تفرق در استصناع الزامی نیست بلکه گاهی تمام بهای کالا از همان ابتدا به صنیع پرداخت می‌شود و گاه قسمتی از قیمت، پیش از اتمام کار به صنیع پرداخت می‌گردد و گاهی نیز قیمت، همگام با پیشرفت کار به صورت بخش بخش به صنیع پرداخت خواهد شد و با توجه به این‌که روش‌های بالا در میان جوامع، متعارف بوده است و امری غیر عقلایی نیز نیست، از نظر شریعت نیز مورد تأیید بوده است و اشکالی در صحت قرار داد ایجاد نخواهد کرد.
- ✓ بیع استصناع به‌عنوان یک تأسیس حقوقی، ماهیت عقدی داشته با در سایه‌ی دو اراده‌ی انشایی سفارش‌کننده کالا و پذیرنده‌ی سفارش به‌وجود می‌آید و در این‌گونه از معامله بیع به همراه نقشه‌ی پیشنهادی سفارش‌دهنده به صورت بیع عین آینده

ظهور می‌یابد و در بیشتر موارد، تراضی انجام گرفته به گونه‌ی پیمان کاری تحقق می‌یابد.

✓ قابلیت رجوع از سفارش در این گونه از قرارداد برای سفارش‌دهنده‌ی کالا و یا صانع در مراحل مختلف تشکیل عقد به هنگام ساخت و تحویل کالا نباید حمل بر جایز بودن این گونه از قرارداد باشد، بلکه این قرارداد، هم‌چنان به‌عنوان عقدی لازم تلقی می‌شود و بدون دلیل قابلیت فسخ نخواهد داشت.

✓ با استفاده از اوراق استصناع دولت، نهادها و سازمان‌های دولتی می‌توانند منابع لازم را برای اجرای طرح‌های مصوب که کاملاً توجیه اقتصادی و ملی دارند، تدارک ببینند، به صورت مناسب کسری بودجه را در این زمینه تأمین کنند.

✓ انتشار اوراق استصناع در کنار اوراق مشارکت و به‌عنوان مکملی برای آن و به منظور ایجاد تنوع در ابزارهای مالی، می‌تواند شرایط سرمایه‌گذاری و تأمین مالی کوتاه و بلندمدت طرح‌های عمرانی بخش دولتی و بخش خصوصی را تسهیل کرده، شرایط جذب نقدینگی طیف‌های خطرگریز مردم را فراهم سازد و اندوخته‌های مورد نیاز منابع مالی مؤسسه‌های اقتصادی را گسترده تر و عمیق تر نماید. تأمین مالی کسری بودجه دولت از راه انتشار اوراق استصناع مناسب تر از تأمین این کسری از راه استقراض از بانک دولتی یا افزایش قیمت نفت است.

فهرست منابع و مآخذ:

* قرآن کریم

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۲ ش.
۲. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۳ جلد، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم - چاپ اول، ایران، ۱۴۲۶ ه.ق.
۳. حسینی، محمد، فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی، انتشارات سروش، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۲ ش.
۴. حر عاملی، محمد ابن الحسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ه.ق.
۵. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۰۶ ه.ق.
۶. شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، الزبده الفقهیه فی شرح الروضه البهیة، منشورات ذوی القربی، چاپ ششم، تهران، ۱۴۲۵ ه.ق.
۷. شهید اول، محمد ابن جمال الدین مکی، اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه، مؤسسه فقه الشیعه، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۰ ه.ق.
۸. شیخ انصاری، مرتضی، المکاسب، سه جلدی، دارالذخائر، چاپ اول، قم، ۱۴۱۱ ه.ق.
۹. شیخ طوسی، محمد ابن الحسن، الخلاف، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۷ ه.ق.
۱۰. -----، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپخانه حیدریه، تهران، ۱۳۷۸ ش.
۱۱. علامه حلی، حسن ابن یوسف ابن مطهر، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، انتشارات وزارت ارشاد، چاپ اول، تهران، ۱۴۱۱ ه.ق.
۱۲. عراقی، ضیاء الدین، شرح تبصره المتعلمین، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۳. قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۲.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، بنیاد حقوقی میزان، چاپ پانزدهم، تهران، ۱۳۸۶ ش.
۱۵. کاسانی الحنفی، علاء الدین ابی بکر ابن مسعود، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، المكتبه الحبییه، چاپ اول، پاکستان، ۱۴۰۹ ه.ق.

۱۶. محمود عبد الرحمان، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، ۳ جلد، ه.ق.
۱۷. محقق حلی، ابو القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن، شرايع الاسلام، موسسه اسماعيليان، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۳، ه.ق.
۱۸. مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، دار احیاء التراث العربی، چاپ سوم، لبنان، ۱۴۰۳ ه.ق.