

# قرارداد استصناع بانکی در ترازوی تحلیل و نقد فقهی

۸۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۶/۰۴ تاریخ تأیید: ۱۳۹۹/۰۱/۱۹

فصلنامه علمی اقتصاد اسلامی / مقاله علمی پژوهشی / سال بیستم / شماره ۷۹ / پاییز ۱۳۹۹

صادق الهام\*  
یونس عباسی\*\*

## چکیده

عقد استصناع از عقود است که می‌تواند در بازار پول و سرمایه مفید واقع گردد. اصل صحت آن در بین فقها مورد اختلاف است. برخی از قداما قائل به عدم صحت هستند و برخی از متأخرین صحت آن را برگزیده‌اند. مهم آن است که این عقد امروزه مورد تأیید واقع گردیده. گرچه در ماهیت آن به عنوان عقدی مستقل و یا قرار گرفتن ذیل یکی از عقود متعارف نیز اختلاف بوده و تفاوت ماهوی آن می‌تواند احکام آن را تغییر دهد، اما در این تحقیق با مفروض دانستن صحت آن به عنوان عقدی مستقل، قرارداد استصناع بانکی به عنوان یکی از راهکارهای نظام بانکداری اسلامی بررسی شده است. مواد چالش‌برانگیز قرارداد، تحلیل و نقد شده و برخی از شبهات مطرح شده در مورد عدم صحت برخی از آن‌ها تبیین و نقد گردیده و با بیان اشکالات نسبت به برخی از بندهای قرارداد، برای حل آن‌ها پیشنهادهایی ارائه گردیده است.

واژگان کلیدی: استصناع، قرارداد بانکی، پیش‌پرداخت، صنعتگر، عقد مستقل، صحت.  
طبقه‌بندی JEL: G21, B59.

\*. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه امام صادق (نویسنده مسئول).

Email: S.elham@isu.ac.ir.

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و اقتصاد دانشگاه امام صادق.

Email: y.abbasi@isu.ac.ir.

## مقدمه

عقد استصناع از جمله عقود اسلامی است که به جهت کاربرد آن در فعالیت‌های تولیدی و همچنین، سود ثابتی که دارد، مورد توجه بانکداری اسلامی قرار گرفته است. استصناع، قرارداد سفارش ساخت بین دو شخص، اعم از حقیقی یا حقوقی مبنی بر تولید کالایی خاص یا اجرای پروژه‌ای با ویژگی‌های خاص در آینده است که سفارش‌گیرنده درازای گرفتن بهای آن در زمان توافق شده که بخشی از بها به صورت نقد و بخشی از آن به صورت اقساط و به تناسب پیشرفت فیزیکی کار باشد، متعهد می‌شود مواد اولیه و کالاهای مورد نیاز پروژه را خود تهیه و در زمان مشخص، کالا یا پروژه مورد نظر را به سفارش‌دهنده تحویل دهد. عین و عمل بر ذمه سفارش‌گیرنده مستقر می‌شود (تقی‌زاده، ۱۳۹۶، ص ۲).

با وجود این بر سر ماهیت و مورد پذیرش شرع بودن عقد استصناع، اختلاف نظر بسیاری بین علماء اسلام اعم از شیعیان و اهل تسنن وجود دارد؛ اما با توجه به اینکه این عقد به عنوان عقدی مستقل در بانکداری اسلامی مورد پذیرش نظریه‌پردازان این حوزه قرار گرفته است، فرض این مقاله نیز پذیرش این عقد است. البته در ماهیت صحت آن به عنوان عقدی مستقل و یا نوعی از سلف و یا اجاره و...، اختلاف وجود دارد که این اختلافات می‌تواند در تبیین و تحلیل برخی از اشکالات موجود راهگشا باشد.

از آنجاکه مشهور فقهای که قائل به صحت چنین عقدی هستند، آن را به عنوان عقدی مستقل دانسته‌اند (مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۹۷ / سبحانی، ۱۴۳۹ق، ص ۱۸۷ / جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ص ۳۷۴)، فرض این نوشتار نیز بر همین مبنا خواهد بود. گرچه در بین تحلیل‌ها ممکن است به دیگر آرا نیز اشاره گردد.

سؤال اصلی مقاله این است که آیا قرارداد استصناعی که در بانک‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد، مطابق چارچوب‌های عقد استصناع معرفی شده توسط نظریه‌پردازان اسلامی است یا خیر؟

برخی از بندهای موجود در قرارداد استصناع که در نظام بانکی در حال اجرا است، دارای ابهاماتی است که ممکن است سولاتی را برای پژوهشگران فقه ایجاد نماید. به همین جهت در این مقاله از قرارداد عقد استصناع بانک گردشگری و خاورمیانه که از فرم یکسان ابلاغ شده توسط بانک، تبعیت می‌کند، به عنوان نمونه استفاده شده است؛ همچنین با توجه به دستورالعمل اجرایی عقد استصناع که در سال ۱۳۹۰ به تصویب شورای پول و اعتبار رسیده این بررسی مورد استحکام واقع گردیده است.

در این مقاله پس از اشاره به برخی از تعاریف و ارکان و قواعد جاری در عقد استصناع که در حل برخی از ابهامات موجود می‌تواند راهگشا باشد، به مواد ۳، ۴، ۵، ۶، ۹ و ۱۵ که از نگاه نگارندگان، مواد چالشی قرارداد استصناع بانکی است با نگاهی فقهی پرداخته شده است.

### پیشینه تحقیق

در بین قدمای امامیه، مرحوم شیخ طوسی (۱۴۰۷ق الف) اولین فردی است که استصناع را به طور مجزا مورد بررسی قرار داده و حکم به عدم جواز آن داده است.

ابن‌حمزه طوسی (۱۴۰۸ق) عبارتی دارد که ظهور در صحت استصناع از دیدگاه وی دارد؛ گرچه آن را جایز الطرفین شمرده است.

همچنین ابن‌سعید حلی (۱۴۰۵ق) نیز مطلبی نزدیک به کلام ابن‌حمزه دارد.

دیگر فقهای امامیه به طور مجزا و مبسوط بدان نپرداخته‌اند؛ گرچه در بین اهل سنت، شافعی آن را جایز ندانسته و ابوحنیفه اتفاق مردم را دلیل بر صحت آن دانسته است (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ص ۲۱۵).

در بین معاصرین، آیت‌الله هاشمی شاهرودی (۱۳۷۸ / ۱۴۲۳ق الف / ۱۴۲۳ق ب) به بررسی استصناع و صحت آن از دیدگاه اسلامی پرداخته است.

همچنین آیت‌الله مؤمن (۱۴۱۵ق) نیز به بررسی فقهی این مطلب پرداخته‌اند.

از دیگر محققان اسلامی که در صحت فقهی این عقد تحقیق نموده‌اند، آیت‌الله سبحانی

است که آن را به عنوان عقدی مستقل پذیرفته است (سبحانی، ۱۴۳۹ق، ص ۱۸۷).

برخی از کارشناسان حقوق نیز در این مطلب تحقیقاتی داشته‌اند که از جمله آنان می‌توان به *تقی‌زاده* (۱۳۹۶) اشاره نمود. وی در مقاله‌ای به ماهیت عقد استصناع و مبنای صحت این عقد پرداخته است و در نهایت نتیجه گرفته است که این عقد در بین مشهور فقها و در حقوق ایران به عنوان یک قرارداد معتبر و نافذ است. همچنین به اوراق استصناع پرداخته است و آنها را نیز از نظر اسلام مورد تأیید قرار داده است.

*نظریور و کمیجانی* (۱۳۸۷) به اثبات این فرضیه می‌پردازند که بانک‌ها می‌توانند برخی از خلأهای موجود در تخصیص منابع را با به‌کارگیری عقد استصناع به‌گونه‌ای مناسب‌تر پر کنند. ایشان مقدمه‌های نظری و اجرایی استفاده از این عقد در بانکداری اسلامی ایران را فراهم می‌دانند.

*موسویان و بازوکار* (۱۳۹۲) در تحقیقی به روابط قراردادی اوراق استصناع پرداخته و آثار حقوقی آن را بررسی کرده‌اند. همچنین شرایط لازم برای ناشر اوراق استصناع و احکام انتشار این اوراق از حیث حقوقی و فقهی مورد بررسی قرار گرفته است.

از تحقیقات انجام‌شده، تاکنون مشخص می‌شود که اکثر نظریه‌پردازان حوزه بانکداری اسلامی، عقد استصناع را به عنوان عقدی مستقل پذیرفته‌اند. تا آنجا که بدان دست یافته‌ایم، معلوم است که محققان ارجمند تلاششان در استصناع بانکی (بسیاری از تحقیقات موجود در استصناع، آن را به عنوان ابزاری در بازار سرمایه، مورد تحلیل قرار داده‌اند که از موضوع خارج است) تحقیق در صحت و یا عدم آن از دیدگاه فقهی و یا بررسی ماهیت این عقد است. آنچه این تحقیق را متمایز می‌سازد، همان‌گونه که بدان اشاره گردید، با مفروض دانستن صحت این عقد و با پذیرش آن به عنوان عقدی مستقل، مواد موجود در قرارداد بانکی مورد تحلیل واقع گردیده تا معلوم گردد، آیا آنچه به عنوان قرار استصناع در نظام بانکی ابلاغ گردیده است، مطابق تحقیق کارشناسان فقه بوده و یا با چالش‌هایی در ناحیه تقنین و یا در اجرا مواجه است؟ به بیان دیگر آنچه تاکنون در تحقیقات موجود مورد تحلیل واقع شده کبریات این قضیه و در تحقیق پیش رو صغرای مورد بررسی قرار گرفته است.

همان‌طور که در سطور قبل بیان گردید، از آنجاکه بررسی این مطالب منوط به برخی نکات محتوایی است، بنابراین به طور اختصار به نکاتی در مورد عقد استصناع اشاره می‌گردد و سپس بندهای چالش‌برانگیز قرارداد مورد تحلیل قرار خواهد گرفت.

## تعریف استصناع

قدمای امامیه مانند شیخ طوسی زمانی که از استصناع صحبت نموده‌اند، تعریفی از آن ارائه نکرده که ظاهر در معلوم بودن تعریف آن است.

برخی از معاصرین استصناع را عبارت از اتفاق صنعتگران با مشتریان بر ساخت کالایی معین، دانسته‌اند.

در این عقد عین و عمل هر دو از صانع است؛ اما اگر عین از مشتری که در این عقد مستصنع نامیده می‌شود، باشد، اجاره خواهد بود. همچنین اگر کالا را صنعتگر از قبل آماده کرده باشد و به مشتری واگذار نماید بیع است؛ بنابراین استصناع از لحاظ ماده خرید و فروش بوده و از لحاظ عمل اجاره است (شاهرودی، ۱۴۲۳ق ب، ص ۲۴۸).

دیگر محققین فقه، استصناع را به تعاریفی که همگی در نهایت مشابه به آنچه بیان گردید، تعریف نموده‌اند که برای اختصار از ذکر آنها خودداری می‌گردد (ر.ک: مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۹۹/ زحیلی، ۱۴۳۳ق، ص ۵۶/ العثماني، ۱۴۳۶ق، ص ۵۸۵).

از مجموع این تعاریف می‌توان بیان داشت که استصناع به طور خلاصه به معنای سفارش ساخت است.

## ماهیت استصناع

در اینکه آیا استصناع عقد مستقلی است و یا بیع و یا اجاره و یا مرکب از دو عقد و یا صرفاً امر به ساخت همراه با ضمان بوده و عقد نیست، اختلاف نظر وجود دارد.

**عقد مستقل:** صانع و مستصنع عقدهای را بین خود منعقد نموده با این مفاد که مستصنع آنچه صانع ساخته است را هم‌اکنون خریداری نموده است؛ گرچه تحویل کالا و ثمن بعد از مدتی صورت می‌پذیرد.

برخی از فقهای معاصر بیان داشته‌اند که صرف طلب ساخت از آنجاکه امری تکوینی نه اعتباری است، نمی‌تواند عنوان عقد مستقلی به خود داشته باشد و لاجرم باید در ذیل یک

عنوان دیگری مانند بیع و یا اجاره قرار گیرد (شاهرودی، ۱۴۲۳ق الف، ص ۳۹)؛ بنابراین برخی آن را بیع دانسته‌اند که خود دارای حالاتی است: بیع حال، بیع کلی و بیع معدوم. از آنجاکه مبیع در هنگام معامله موجود نبوده ممکن است این معامله با اشکال جهالت مواجه شده و در نتیجه غرری شود. ظاهراً این اشکال صحیح نیست. اشکال این قول در این است که مستصنع نمی‌تواند بائع را ملزم بر انجام کاری نماید، زیرا چیزی فعلاً به ذمه مستصنع نیست تا بخواهد بائع را بر آن ملزم کند.

**اجاره:** مستصنع صانع را بر ساخت اجاره می‌نماید. امتیاز این رأی آن است که دلیل ضمانت مستصنع نسبت به صانع در صورت بطلان عقد معلوم است.

این مطلب نیز مورد تأیید نیست، زیرا لازمه آن چنین خواهد بود که تلف مصنوع قبل تسلیم مال از کیسه مستصنع نه صانع رفته باشد که خلاف ارتکاز در استصناع است. در استصناع تا زمانی که کالا را تحویل نداده باشد بر عهده صانع خواهد بود.

**عقد ترکیبی:** عقد ترکیبی وکالت در خرید و اجاره عمل. این نظر اولاً با نگاه عرفی که در استصناع دو عقد را فهم نمی‌کند، سازگار نیست. ثانیاً در این صورت اعیان برای مستصنع خواهد بود و اگر از بین رفت، ضمانت برای اوست و اگر عقد از بین رفت تا قبل شروع ساخت باید جنس را به مستصنع داد، در حالی که چنین نیست.

جعاله، مشارکت مدنی، مصالحه و امر به ساخت همراه با ضمان از دیگر وجوهی است که برای استصناع بیان شده است و از آنجاکه وجوه هرکدام با اشکالاتی مواجه است و نمی‌توان آن را دلیل کافی بر این مطلب دانست و همچنین هدف این مقاله بررسی ماهیت نیست از ذکر آن خودداری می‌شود. در هر حال این مطالب نیاز به تفصیل داشته که از موضوع این مقاله خارج است.

با وجود اشکالاتی که به هر یک از مطالب قبل آمده است، با توجه به وجود استصناع در عصر شارع و با توجه به عدم ردع شارع، نمی‌توان استصناع را به‌طور کلی نپذیرفت؛ بلکه باید آن را به عنوان عقد مستقل قبول نمود (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ص ۳۷۴).

## جواز و یا لزوم استصناع

طبیعتاً این مطلب به ماهیت استصناع باز می‌گردد. اگر استصناع را عقد مستقل بدانیم، اصالت لزوم که برگرفته از اوفوا بالعقود است، شامل آن خواهد گردید و اگر استصناع را از دیگر عقود بدانیم، حکم همان عقد از جهت جواز و لزوم بر آن مترتب خواهد شد و از آنجاکه فرض این مقاله بر عقد مستقل بودن استصناع است، لزوم آن نیز مفروض نگارندگان است.

## ارکان استصناع

استصناع دارای سه رکن: عقد، متعاقدين و محل است.

**الف) عقد:** مراد همان ایجاب و قبول است که اراده‌ی جدی مضمون عقد در آن شرط است.

عقد در استصناع بانکی، همان قرارداد منعقدہ بین بانک و مشتری است که برای مطابق بودن آن با شرایط صحت عقد در فقه باید بندهای آن را مورد تحلیل قرار داد که در ادامه این پژوهش مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

**ب) متعاقدان:** مراد صانع و مستصنع است و تمامی شروط عامه، مانند عقل، بلوغ، اختیار، مالک، وکیل، ولی مالک بودن و امثال آن در آنها لازم است. در قرارداد بانکی، بانک و مشتری در حکم صانع و مستصنع می‌باشند؛ البته طبیعتاً بانک از آنجاکه خود صنعتگر نیست آن را به دیگری واگذار می‌نماید که این واگذاری در واقع استصناع در استصناع بوده و از لحاظ فقهی بی‌اشکال است و در ادامه نیز بدان پرداخته خواهد شد.

**ج) محل عقد:** اگر استصناع را همان‌گونه که مفروض است، عقد مستقلی بدانیم که مفید ملکیت عین و عمل هر دو باهم است، محل، عبارت از عمل و عین و عوض خواهد بود. اگر استصناع را نوعی اجاره بدانیم، محل عبارت از عمل و اجرت می‌شود و اگر آن را بیع بدانیم محل، عین و عوض است.

در هر حال، تمامی شروط عامه در عقد، مانند معلومیت عوضین، قدرت تسلیم، مملوکیت، اباحه و امثال آن را باید در نظر گرفت.

این ارکان به اشکال دیگری نیز بیان گردیده است که برای رعایت اختصار از ذکر آن خودداری می‌گردد (موسویان، ۱۳۹۰، ص ۷۲).

## شروط و احکام استصناع

۱. موضوع قرارداد باید امری مصنوع باشد؛ بنابراین تولید محصولات طبیعی همچون گندم و جو نمی‌تواند موضوع قرارداد قرار گیرد.
۲. مستصنع فیه، معلوم باشد.
۳. شرایط و صفات معقود کاملاً بیان گردیده باشد.
۴. مدت تعیین نگردد؛ اگر تعیین شود به سلم تبدیل می‌شود.
۵. از اموری که عرفاً بر آن استصناع منعقد می‌شود؛ زیرا وجه استصناع عرف است. باید توجیه عرفی شود (العثمانی، ۴۳۶ق، ص ۵۹۳).

## مواد چالشی قرارداد استصناع بانکی

بعد از بیان نکات مقدماتی که فهم آن در تحلیل قرارداد بانکی ضروری است، بندهای مورد نظر در قرارداد استصناع مورد تحقیق قرار می‌گیرد تا معلوم گردد آیا قرارداد موجود در بانک می‌تواند مصداقی تام از استصناع فقهی باشد؟

### ماده ۳ قرارداد استصناع بانکی

در ماده ۳ قرارداد استصناع بانکی بانک خاورمیانه، بانک گردشگری و فرم قرارداد استصناع منتشر شده توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اشاره شده است که: «بانک مبلغ .... ریال را از کل مبلغ قرارداد به عنوان پیش دریافت اخذ نمود و مشتری ضمن قبول موارد فوق متعهد شد مابقی به مبلغ ..... ریال را به صورت نقدی/نسیه اقساطی در سررسید/های معین به شرح ذیل به بانک پرداخت نماید».

همچنین در ماده ۸ دستورالعمل اجرایی عقد استصناع بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران آمده است که: «در عقد استصناع اول، مبلغ و نحوه پرداخت آن باید معلوم و معین باشد و در هنگام انعقاد قرارداد، مشتری باید درصدی از مبلغ اموال مورد نظر را به بانک پرداخت نماید».



اشکال مورد نظر چنین است: با توجه به اینکه پیش دریافت بعد از تحقق عقد است، آیا در اینجا عقدی منعقد گردیده است؟ اگر عقد منعقد شده، اشکالات خود را دارد و اگر نشده، پیش دریافت چه وجهی دارد؟

مراد از اشکالات مطروحه همان نکاتی است که بعضاً در تبیین ماهیت استصناع بیان گردید. مختصر آن این است که صرف طلب ساخت، از آنجاکه امر تکوینی است، نمی‌تواند عقدی اعتباری باشد؛ پس باید ذیل یکی از عقود فقهی مانند بیع و یا اجاره قرار گیرد که هر یک با اشکالات خاص خود که مختصر آن در قبل گذشت، مواجه است و اگر صرفاً مواعده است، آیا می‌توان پیش‌پرداخت دریافت نمود؟ در ادبیات فقهی مراد از پیش‌پرداخت همان عربون است. در ماهیت عربون و احکام آن بین فقها، نکاتی است که لازم است تا مختصراً برای تبیین مطلب بدان اشاره گردد:

عربون: «العربان و عربون و أربون»/بن‌اثیر می‌گوید: «عربون را عربون نام نهادند زیرا در آن اعراب عقد بیع است مراد از اعراب، اصلاح و ازاله فساد است؛ زیرا به واسطه آن دیگری نمی‌تواند آن را مالک گردد». در الذخیره هم العربان را به معنای اول شی تعریف نموده است (بن‌اثیر، [بی‌تا]، ص ۲۰۲).

در اصطلاح مراد از عربون آن است که فردی به دیگری مبلغی از مال را می‌دهد به این عنوان که اگر معامله را با او انجام داد، این مبلغ قسمتی از ثمن قرار گیرد و اگر معامله را انجام نداد، این پول برای فروشنده باشد. با این نگاه عربون در واقع شرط خیار به نفع مشتری است. فقط با این تفاوت که مشتری در مقابل حقی که دریافت نموده است، مبلغی را پرداخت کرده است (جواهری، ۲۰۱۲م، ص ۹۱).

در بین اهل سنت در صحت و عدم صحت این عقد اختلاف است. این مطلب در قانون مدنی ایران به طور مجزا مورد اشاره واقع نگردیده است؛ اما در قانون مصر چنین آمده است:

«پرداخت عربون در زمان محکم شدن عقد، موجب می‌گردد حق عدول برای هر یک از این دو به وجود بیاید؛ مگر اینکه اتفاق بر این باشد» (سنه‌وری، ۱۳۹۱، ص ۸۷).

عربون دارای حالاتی است:

مشتری بعد از عقد به بائع مبلغی می‌دهد تا اگر معامله منعقد شد، جزئی از ثمن و الا برای بائع باشد.

اگر مدت این خیار برای مشتری معلوم باشد، صحیح و الا غرری و باطل است. مشتری قبل از عقد مبلغی را به بائع می‌دهد تا کالا را برای او نگهدارد و اگر خرید، قسمتی از ثمن باشد و الا برای بائع باشد.

این معامله قطعاً عربون اصطلاحی نیست و از دو اتفاق مجزا تشکیل گردیده است: الف) در صورتی که معامله را انجام ندهد، آنچه پرداخت کرده است، برای بائع باشد. ب) عقدی که بدون وجود این شرط منعقد می‌گردد (زیرا شرط قبل از عقد بوده و ربطی به آن ندارد).

با این حساب، اگر عقد منعقد نگردید، پولی که به صاحب کالا داده می‌شود، اگر به عنوان هدیه باشد، معامله صحیح است و اگر به عنوان پول در مقابل انتظار او داده شود، صحیح نیست؛ زیرا اگر این پول انتظار اوست، چرا در صورت انعقاد قرارداد از ثمن محسوب می‌گردد و صرف انتظار مالیت ندارد تا بر آن معاوضه انجام شود (جواهری، ۲۰۱۲، ص ۹۵)؟

در هر حال همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، عربون از لحاظ احکام و شرایط با آنچه به عنوان پیش‌پرداخت در این قرارداد وجود دارد، متفاوت است. عربون اولاً باید بعد از عقد تحقق یابد و ثانیاً حق فسخ را برای مشتری قرار می‌دهد. صرف اینکه اگر عقد محکم گردید، می‌تواند جزئی از ثمن باشد، نمی‌تواند در اینجا مفید باشد.

ضمان جدیت (Earnest Money): گاهی نیز مراد از پیش‌پرداخت در این عقد، عربون نبوده، بلکه صرفاً به معنای ضمان جدیت معامله است. مراد از ضمان جدیت یا همان بیعانه، یعنی پولی که قبل از انعقاد عقد داده می‌شود تا فرد این کالا را به دیگری واگذار نکند. عربون در عقدی که تام و منجز گردیده است می‌آید؛ بنابراین اگر در مرحله وعد باشد، احکام عربون بر آن جاری نیست.

این پول عربون نیست؛ بلکه صرفاً امانتی است که در دست بائع باقی می‌ماند تا معامله منعقد گردد؛ بنابراین احکام امانت را خواهد داشت. پس آخذ نمی‌تواند آن را برای خود مصرف نموده و یا بدون اذن مالک در آن تصرف نماید و اگر معامله‌ای صورت نگیرد، باید

آن را به صاحب اصلی بازگرداند. بله اگر نکول مشتری از معامله منجر به ضرر بایع شد، می‌تواند مقدار ضرر را از او مطالبه نماید (العثمانی، ۱۴۳۶ق، ص ۱۲۰).

مسلم است پیش‌پرداخت موجود در استصناع نمی‌تواند در ذیل آن قرار گیرد و احکام بیعانه بر آن مترتب نیست. هرچند ممکن است در عرف از آن به بیعانه یاد نمایند.

با توجه به آنچه بیان شد می‌توان گفت گرچه اشکالات مطروحه خالی از قوت نیست،

اما به نظر می‌رسد از آنجاکه عقد استصناع در زمان شارع رواج داشته و حضرت پیامبر ﷺ

نیز خود بنا بر نقل موجود از این عقد استفاده نموده‌اند\* و بنا بر رأی مشهور معاصرین و

فرض نگارندگان این تحقیق عقدی مستقل است. گرچه شاید با موازین عقود دیگر مانند

بیع و یا اجاره سازگار نباشد؛ اما تقریر معصوم، دال بر صحت چنین عقدی است؛ بنابراین

دقت‌های بیان شده گرچه در جای خود بسیار دقیق و محققانه از سوی کارشناسان فن بیان

شده است، اما با توجه به این نکته، لزومی نخواهد داشت.

و اگر این مطلب را نپذیرفت و نقل‌های ماثور را از آنجاکه از طرق مخالف رسیده‌اند،

تضعیف نمود، می‌توان پیش‌پرداخت را از باب مصالحه و یا هبه تصحیح نمود. البته اگر هبه

باشد، به نظر هبه مشروط به این معنا که صنعتگر نیز مقداری از مبلغ قرارداد را در مقابل

این هبه به مشتری هبه نموده و از مبلغ توافقی کم نماید، است.

با توضیحات بیان شده به نظر تغییر در ادبیات ماده، برای رفع ابهامات مذکور مفید

خواهد بود.

\*. عَنْ أَبِي حَازِمٍ، قَالَ: أَتَى رَجُلًا إِلَى سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ يَسْأَلُونَهُ عَنِ الْمُنْبَرِ، فَقَالَ: بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى فُلَانَةَ - امْرَأَةٍ قَدْ سَمَّاهَا سَهْلٌ - أَنْ مَرَى غُلَامَكَ النَّجَّارَ، يَعْمَلُ لِي أَعْوَادًا أَجْلِسُ عَلَيْهِنَّ إِذَا كَلَّمْتُ النَّاسَ، فَأَمَرْتُهُ يَعْمَلُهَا مِنْ طَرَفِ الْعَابَةِ، ثُمَّ جَاءَ بِهَا؛ فَأَرْسَلْتُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِهَا، فَأَمَرَ بِهَا فَوَضِعْتُ، فَجَلَسَ عَلَيْهِ (بخاری، ج ۴، ص ۳۰). همچنین مسلم نقل نموده است: حَدَّثَنِي أَبِي عَنْ قَتَادَةَ، عَنْ أَنَسٍ: أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ أَرَادَ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى الْعَجَمِ. فَقِيلَ لَهُ: إِنَّ الْعَجَمَ لَا يَقْبَلُونَ إِلَّا كِتَابًا عَلَيْهِ خَاتَمٌ. فَاصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ فِضَّةٍ (مسلم بن حجاج، ۱۴۲۱ق، ص ۱۶۵۷).

## ماده ۴ قرارداد استصناع بانکی

در ماده ۴ قرارداد استصناع بانکی بانک خاورمیانه، بانک گردشگری و فرم قرارداد استصناع منتشر شده توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اشاره شده است که: «بانک ساخت اموال موضوع این قرارداد را به تشخیص و صلاحدید خود در قالب قرارداد دیگری به سازنده واگذار می‌نماید و قرارداد حاضر در صورت انعقاد قرارداد فی‌مابین بانک و سازنده، اجرایی می‌گردد».

علاوه بر این در ماده ۲ و تبصره ماده ۵ دستورالعمل اجرایی عقد استصناع بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نیز به بانک‌ها برای واگذاری استصناع به سازنده دیگر اجازه داده شده است و همچنین در ماده ۱۶، مشروط کردن استصناع اول به استصناع ثانوی را نیز اجازه داده‌اند. این مواد به شرح ذیل می‌باشند:

ماده ۲ بیان می‌کند که: «بانک‌ها می‌توانند به منظور گسترش بخشه‌ای تولیدی از قبیل صنعت، معدن، مسکن و کشاورزی، تسهیلات لازم را به مشتریان در قالب عقد استصناع اول اعطا نموده و سپس بر اساس عقد استصناع دوم، قرارداد ساخت را به سازنده واگذار نمایند».

تبصره ماده ۵ بیان می‌کند که: «در عقد استصناع اول باید اختیار بانک برای واگذاری ساخت اموال مورد نظر به غیر تصریح گردد».

ماده ۱۶ نیز بیان می‌کند که: «در عقد استصناع اول، بانک باید با مشتری شرط نماید که اجرایی شدن این قرارداد، موکول به انعقاد عقد استصناع دوم مابین بانک و سازنده خواهد بود».

در نتیجه دو سؤال در رابطه با این ماده مطرح است:

اول، آیا بانک‌ها مجاز به واگذار کردن این قرارداد به سازنده دیگری می‌باشند یا خیر؟

دوم، آیا مشروط کردن عقد استصناع اول به استصناع ثانوی صحیح است؟

برخی از محققان معاصر در بیان این عملکرد بانکی بیان داشته‌اند:

«استصناع به دو صورت مستقیم و غیرمستقیم و یا موازی قابل انعقاد است.

در صورتی که فرد قرارداد را با شخصیت حقیقی یا حقوقی برای ساخت، به طور مثال کارخانه یا آپارتمانی منعقد سازد و خود وی عملیات ساخت را انجام دهد، استصناع

مستقیم شکل می‌گیرد؛ اما اگر این شخصیت حقیقی یا حقوقی برای ساخت با فرد حقیقی یا حقوقی دیگر برای ساخت قرارداد امضا کند، در این صورت استصناع غیرمستقیم یا موازی شکل می‌پذیرد (موسویان، ۱۳۹۰، ص ۷۳).

اینان در توضیح اوراق استصناع نیز چنین مطلبی را بیان نموده‌اند (موسویان، ۱۳۹۱، ص ۳۸۵). با توضیح این مطلب، به نظر می‌رسد اصل امکان واگذاری استصناع از سوی صانع به فرد دیگر، در صورتی که شرط مباشرت از طرف مستصنع نشده باشد، بی‌اشکال است.

مرحوم شیخ طوسی در نهایت بیان داشته است:

«اگر فردی کالایی را از دیگری پیش‌خرید نماید و آن کالا نزد فروشنده در زمان فروش وجود نداشته باشد و فروشنده در زمان موعود کالا را از دیگری خریداری نموده و به مشتری واگذار نماید، بی‌اشکال خواهد بود (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۹۶).

ابن‌ادریس نیز در السرائر می‌گوید:

«اگر فردی کالایی را از دیگری خریداری نماید به طوری که آن کالا در نزد او موجود نباشد، اما در زمان موعود بتواند آن را از دیگری خریداری نموده و به مشتری واگذار نماید، بی‌اشکال است. برخلاف بیع اعیان (که در صورت عدم وجود کالا در نزد بایع معامله صحیح نخواهد بود)».

وی تفاوت این دو معامله را در این می‌داند که در بیع سلم، معامله بر ذمه واقع شده است برخلاف معامله دیگر که بر عین است. در صورت دوم انتقال عین به عین دیگر، نیاز به دلیل دارد، در حالی که در ذمه با این مشکل مواجه نیست (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ص ۳۰۸).

ابن‌حمزه نیز قائل به توکیل بایع توسط مشتری در خرید کالا با مال مشتری و قبض آن توسط بایع به جای او است (ابن‌حمزه طوسی، ق ۱۴۰۸، ص ۲۴۲).

شهید اول نیز عجز در حین عقد را مخل بیع سلم ندانسته و قدرت تسلیم را در زمان موعود شرط دانسته است (شهید اول، ۱۴۱۷، ص ۲۵۶).

صاحب شرایع و جواهر نیز به این مطلب اشاره داشته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ص ۵۵/

صاحب الجواهر، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۳۰۴).

به‌طورکلی گرچه مطالب مذکور در بیع سلف نه استصناع بیان شده است، اما به نظر می‌رسد مناط در هر دو یکی است. آنچه در این عقود مورد تأکید واقع گردیده است، قدرت بر تسلیم در زمان موعود است. حال اگر کالای مورد نظر در بیع سلف، نزد بایع موجود نباشد، همان‌گونه که آمد، می‌تواند با خرید آن از دیگری آن را برای مشتری فراهم نماید. فقها دلیل بر صحت را صدق قدرت بر تسلیم در زمان تحویل دانسته‌اند. همین مطلب می‌تواند در استصناع نیز صادق باشد؛ به این معنا که اگر فرد توان یا فرصت ساخت را نداشته باشد، می‌تواند با کمک دیگری کالای مورد تعهد را فراهم نموده و در اختیار مشتری قرار دهد. همان‌گونه که در سرائر ملاحظه گردید، دلیل بر صحت این معامله، تفاوت بین معامله بر عین خارجی و ذمه دانسته شده است. پس می‌توان بیان داشت که هر جا بایع کالا را بر ذمه بگیرد، مهم آن است که در زمان مورد تحویل آن را بتواند تحویل دهد. برخلاف زمانی که کالا عین خارجی باشد.

تنها اشکالی که در این بند به نظر می‌رسد آن است که آنچه اشاره گردید می‌تواند در مورد صنعتگری باشد که در فن مورد معامله توانایی داشته و بر این اساس معامله‌ای را با مشتری منعقد نموده و به هر دلیل نتواند خود به طور مستقیم کار را به سرانجام رساند و فرض نیز بر عدم شرط مباشرت باشد؛ اما اگر بایع این معامله فرد صنعتگر نبوده، به‌طوری‌که مشتری می‌داند بایع به هیچ عنوان توان ساخت ندارد، پس صدق عرفی استصناع در این موارد، محل اشکال است؛ زیرا همان‌گونه که بیان گردید استصناع بین صنعتگر و مشتری منعقد می‌شود. این موارد در واقع مشتری بانک را به عنوان وکیل خود در معامله قرار داده است که گرچه می‌تواند به عنوان یک عقد و قرارداد دیگر صحیح باشد؛ اما بعید است بتوان بر آن صدق استصناع نمود. در نتیجه به صرف بیان این مطلب در قرارداد دلیل بر صحت معامله نخواهد بود.

در نتیجه اگر از نظر عرف، صنعتگر بودن شرط نباشد در این صورت قرارداد صحیح خواهد بود و استصناع موازی بلاشکال است؛ اما اگر صانع بودن شرط باشد که ظاهر استصناع بر همین بوده، در این صورت از نظر عرف قرارداد مشتری با بانک استصناع نخواهد بود و لذا اصل قرارداد دچار مشکل می‌شود. در این صورت راه‌حل مسئله آن است که قرارداد را به عنوان قرارداد وکالت برای انعقاد قرارداد استصناع بانک با صانع بدانیم؛

یعنی مشتری بانک را وکیل نماید تا قراردادی را برای ساخت با صنعتگر منعقد می‌کند، این پروژه را تأمین مالی نماید. در این صورت اولاً قرارداد مشتری با بانک استصناع نخواهد بود، بلکه وکالت خواهد بود و لذا نیازی به استصناع موازی نیست و ثانیاً قراردادی جایز است و شرایط آن‌هم متناسب با این وضعیت باید تدوین شود.

آنچه بیان گردیده است در واقع توکیل بانک توسط مشتری است که صحیح بوده و در کلام/بن‌حزبه نیز بدان اشاره شد؛ اما طبیعتاً این مطلب از استصناع جدا خواهد بود. مضاف بر اینکه با توجه به مواد دیگر این قرارداد مانند ماده ۵، بانک خود مشتری را وکیل در انعقاد قرارداد استصناع ثانی نموده و در واقع در این بین، نقش صوری بانک در استصناع محرز خواهد شد.

#### ماده ۵ قرارداد استصناع بانکی

در ماده ۵ قرارداد استصناع بانکی بیان شده است که: «مشتری که وکیل بانک در نحوه اجرای قرارداد استصناع دوم است؛ متعهد گردید ضمن نظارت بر مراحل ساخت اموال موضوع این قرارداد، پس از ساخت و تکمیل اموال موضوع این قرارداد، نسبت به تحویل گرفتن اموال از سازنده اقدام نماید. عدم مراجعه مشتری به سازنده جهت تحویل اموال موضوع قرارداد، نافی مسئولیت و تعهد مشتری در پرداخت مطالبات بانک نخواهد بود و مشتری مسئول جبران تمامی خسارات ناشی از تخلف خود است».

ماده ۱۱ دستورالعمل اجرایی عقد استصناع بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نیز اشاره می‌کند که: «پس از تکمیل اموال مورد نظر طبق شرایط مندرج در عقد استصناع اول، مشتری ملزم به تحویل گرفتن آن بوده و در صورت امتناع، مسئولیت عواقب آن بر عهده مشتری خواهد بود».

نکته قابل تأمل این ماده نیز قرار دادن خسارت ناشی از عدم رجوع مشتری به سازنده بر عهده مشتری است که نیاز به بررسی و تبیین فقهی دارد.

نکته اول آن است که از مسلمات فقهی در عقد، تسلیم کالا و ثمن از سوی متعاقدین است. در غنیه ادعای اجماع بر این مطلب شده است (ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۲۹). صاحب

شرایع نیز آن را مقتضای اطلاق عقد دانسته است (حلی، ۱۳۸۶، ص ۲۳). این مطلب عقلانی و مورد توافق فقها بوده و نیازی به تبیین بیشتر ندارد.

نکته قابل تأمل، قرار گرفتن ضمان بر عهده مشتری در صورتی که بایع آن را تسلیم نموده و مشتری دریافت نکرده است، می باشد.

مرحوم شیخ طوسی در **النهایه** بیان می دارد:

«اگر انسان کالایی را بفروشد و مبیع را تحویل مشتری ندهد و ثمن را دریافت ننماید و مشتری برای دریافت به بایع مراجعه ننماید تا سه روز کالا را بایع نگه داشته و در روز سوم، کالا برای بایع خواهد بود، اما در این سه روز اگر کالا هلاک گردیده بر عهده بایع خواهد بود» (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۸۵).

*ابن ادریس حلی* این مطلب را این گونه بیان نموده است:

«اگر انسان کالایی را بفروشد و آن را قبض ننماید و ثمن پرداخت نگردیده و مشتری برای دریافت کالا به بایع رجوع ننماید و شرط خیار برای هر دو و یا یکی از آنها قرار داده نشود و مقداری از ثمن مدت دار نباشد و مقداری از ثمن و یا مثن دریافت نگردیده باشد، در این مواقع تا سه روز بایع کالا را برای مشتری نگه خواهد داشت و بعد از آن خیار خواهد داشت» (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ص ۲۷۷).

در **موتفه عقبه\*** از امام صادق علیه السلام نیز آمده است:

«در مورد مردی که کالایی را از دیگری خریداری نموده و بیع محقق گردیده؛ اما کالا را دریافت ننموده و آن را نزد فروشنده قرار داده تا فردا آن را دریافت نماید و کالا مورد سرقت واقع گردیده است. این مال از کیسه فروشنده و یا خریدار رفته است؟ امام علیه السلام فرمودند: که مال از کیسه فروشنده رفته تا زمانی که کالا از خانه او خارج شود و به قبض مشتری در آید، بر عهده بایع است و در صورتی که از خانه خارج شد، بر عهده مشتری است و او ضامن است تا حق بایع را بپردازد\*\*» (کلینی، ۱۴۰۷، ص ۱۷۲).

\*. محمد بن عبدالله بن هلال که در سند این روایت موجود است، کیسانی اما مورد توثیق است؛ بنابراین روایت از نظر اعتبار موثق است.

\*\* . مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ هِلَالٍ عَنْ عَقْبَةَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ



با توجه به مطالب مذکور، معلوم است که تا قبل از رجوع مشتری تلف بر عهده بایع است و ظاهر مطلب منافات با آنچه در این ماده بیان گردیده است، دارد. لکن با دقت در مطالب و آنچه از کلام/بن/دریس آمده است، می‌توان به تفاوت این حکم با آنچه در قرارداد مذکور بیان شده است، پی برد. در این مطلب اولاً فرض بر این است که اقباض کالا از سوی بایع صورت گرفته است. مرحوم شهید ثانی بیان داشته است که اقباض، امری عرفی است و حقیقت شرعی نداشته و معیار آن را عرف معلوم می‌نماید و هر کالایی می‌تواند بنا بر شرایط اقباض خاص خود را داشته باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۲۳۸)؛ بنابراین اولاً در اینکه در این موارد، اقباض صورت نگرفته باشد، معلوم نیست. ثانیاً همان‌گونه که از کلام/بن/دریس معلوم گشت خیار بایع بعد از سه روز و ضمان او تا قبل از سه روز مشروط به شروطی از جمله عدم پرداخت مقداری از ثمن و عدم مدت‌دار بودن آن و عدم شرط ضمن عقد است که این موارد در قرارداد استصناع بانکی منتفی است.

مؤید این مطلب کلامی است که فقهای عظام در بحث اجاره بیان داشته‌اند. مرحوم شهید ثانی در الروضه بیان داشته است که اگر موجر، کالا را در اختیار مستأجر قرار داد و مستأجر از دریافت آن کوتاهی نمود تا زمان اجاره بسر آید، اجرت بر او لازم است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ص ۳۴۹). مراد این کلام آن است که ضمان بر عهده مستأجر خواهد بود و باید حق موجر را پرداخت نماید، ولو اینکه کالا را در این مدت قبض ننموده باشد. در حدائق و ریاض نیز این مطلب مورد تأیید قرار گرفته است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ص ۵۸۴/حائری، ۱۴۱۸ق، ص ۳۰). صاحب ریاض به نقل از غنیه ادعای اجماع در این حکم نموده و آن را حجت دانسته است (همان، ص ۳۰). وی عموماً دال بر لزوم عقد به مجرد انعقاد آن را نیز در این مورد حاکم دانسته است، همچنین ضرر واقع شده به مستأجر از سوی او بوده و موجر ضامن نخواهد بود (همان، ص ۳۰).

اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مَتَاعاً مِنْ رَجُلٍ وَ أَوْجَبَهُ غَيْرَ أَنَّهُ تَرَكَ الْمَتَاعَ عِنْدَهُ وَ لَمْ يَقْبِضْهُ قَالَ آتِيكَ غَدًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَسَرِقَ الْمَتَاعُ مِنْ مَالٍ مَنْ يَكُونُ قَالَ مِنْ مَالِ صَاحِبِ الْمَتَاعِ الَّذِي هُوَ فِي بَيْتِهِ حَتَّى يَقْبِضَ الْمَتَاعَ وَ يُخْرِجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَإِذَا أَخْرَجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَالْمُبْتَاعُ ضَامِنٌ لِحَقِّهِ حَتَّى يَرُدَّ مَالَهُ إِلَيْهِ.

مضاف بر اینکه در موثقه\* اسماعیل بن فضل آمده است که:

از امام صادق<sup>ع</sup> در مورد مردی که زمینی را از دیگری اجاره نموده است و به موجر می‌گوید این زمین را به این مبلغ اجاره می‌نمایم تا در آن کشت کنم و اگر نکردم هم این مبلغ را خواهم پرداخت و کشت هم نکرده است؟ (حکم چیست) امام<sup>ع</sup> فرمود: این حق برای صاحب زمین محفوظ است؛ اگر بخواهد دریافت و اگر بخواهد از دریافت آن امتناع نماید\*\* (کلینی، ۱۴۰۷ق، ص ۲۶۵).

در تهذیب نیز مشابه این روایت بیان گردیده است (طوسی، ۱۴۰۷ق ب، ص ۱۹۶).

مرحوم مجلسی در شرح این روایت بیان داشته است که مراد آن است که مستأجر چه از زمین استفاده نماید چه ننماید، باید اجاره‌بها را پرداخت نماید، گرچه برخی چنین بیان داشته‌اند که موجر اگر بخواهد می‌تواند دریافت نموده و یا دریافت ننماید؛ اما وجه اول بهتر است (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ص ۳۴۱).

با توجه به کلام مرحوم مجلسی معلوم است که ضمان پرداخت، بر عهده مستأجر خواهد بود، چه از مال منتفع شده باشد چه نشده باشد؛ اما روایت بیان شده در صفحه قبل دال بر ضمان بایع نیز نمی‌تواند معارض این مطلب باشد؛ زیرا همان‌گونه که اعلام فقهای امامیه بیان داشته‌اند، این مطلب برای زمانی است که بایع تمکن قبض را برای مشتری ایجاد نکرده باشد، در غیر این صورت ضمانی نخواهد داشت (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۴۱۸). مرحوم سید یزدی در توضیح این عبارت شیخ اعظم/انصاری بیان داشته است که اخبار تلف قبل از قبض انصراف به غیر این صورت داشته، پس در این مواقع عموم قاعده «تلف مال بر عهده

\* حمید بن زیاد موجود در سند واقفی اما توثیق گردیده است. همچنین حسن بن محمد بن سماعه که از مشایخ واقفی و معاند است؛ اما توثیق گردیده است. غیر واحد نیز که در سند موجود است، بنا به نقل علمای حدیث دال بر وجود افراد متعدد در این طریق و توثیق آنها دارد (رک. درس خارج فقه آیت الله شبیری (۸۹/۱۲/۳)).

\*\* حُمَيْدُ بْنُ زِيَادٍ، عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ، عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ، عَنْ أَبِيانَ، عَنِ إِسْمَاعِيلِ بْنِ الْفَضْلِ، قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ مِنْ رَجُلٍ أَرْضًا، فَقَالَ: أُجْرَتُهَا كَذَا وَكَذَا عَلَيَّ أَنْ أُزْرِعَهَا، فَإِنْ لَمْ أُزْرِعْهَا أُعْطَيْتِكَ ذَلِكَ، فَلَمْ يَزْرِعْهَا؟ قَالَ: «لَهُ أَنْ يَأْخُذَ، إِنْ شَاءَ تَرَكَهُ، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَتْرُكْهُ».

مالک آن است» جاری خواهد بود. در این مواقع مالک مشتری است (یزدی، ۱۴۲۱ق، ص ۵۷).

بنابراین به نظر می‌رسد با توجه به فرض مطرح شده در ماده قرارداد که صنعتگر کار را تمام و آن را در اختیار مشتری قرار داده و مشتری با پیگیری نکردن، موجب تلف مبیع گردد، ضمان بر عهده او بوده و رافع مسئولیتش در قبال بانک نخواهد بود و نتیجه آنکه این ماده به نظر خالی از اشکال است.

۱۰۵

برخی از کارشناسان معاصر نیز در احکام استصناع این نکات را بیان داشته‌اند:

اگر صانع مصنوع را داد و مستصنع نپذیرفت در دست او امانت باقی است و ضامن آن نخواهد بود.

می‌تواند شرط کنند که در صورت تحویل صانع اگر مستصنع نپذیرفت، مستصنع صانع را وکیل در فروش قرار می‌دهد که آن را بفروشد و پول ساخت را برداشته، مابقی را مستصنع بازگرداند (العثمانی، ۱۴۳۶ق، ص ۶۰۰).

### ماده ۶ قرارداد استصناع بانکی

این ماده بیان می‌کند که «پس از شروع فرآیند ساخت اموال موضوع این قرارداد که در تاریخ ... آغاز می‌گردد، هیچ‌یک از طرفین قرارداد حق فسخ قرارداد را ندارند». ماده ۳۰ دستورالعمل اجرایی عقد استصناع بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران بیان می‌کند که «بانک‌ها مکلف‌اند در عقد استصناع اول و دوم قید نمایند که قرارداد مذکور بر اساس توافق طرفین در حکم اسناد لازم‌الاجرا و تابع آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی است».

در هیچ ماده دیگری از دستورالعمل اجرایی عقد استصناع ذکر نشده است که پس از شروع ساخت، این قرارداد لزوم پیدا می‌کند؛ بنابراین نکته قابل تأمل در این ماده، ذکر قید پس از شروع است.

لزوم و یا جواز استصناع مبتنی بر مبنای اخذ شده در اصل این عقد است. اگر آن را عقد مستقل بدانیم، همان‌گونه که مشهور دانسته‌اند، ذیل «اوفوا بالعقود» قرار خواهد گرفت و لزوم که مطابق اصل است بر آن جاری خواهد شد؛ اما اگر در ذیل دیگر عقود قرار گیرد مثلاً برخی آن را مصالحه دانسته‌اند (موسویان، ۱۳۹۱، ص ۴۰۱) احکام آن را خواهد داشت.

ظاهر عرف در این است که استصناع در صورت عقد بودن تعهدی طرفین است نه اینکه صرف اذن در تصرف در کالا و یا عمل باشد تا تحت عنوان عقود اذنی قرار گرفته و از آیه تخصصاً خارج گردد. از آنجاکه مبنای این مقاله بر عقد بودن و آن هم عهدی بودن استصناع است، لذا می‌توان ذیل عموم آیه قرار گرفتن آن و لازم بودنش را مفروض دانست.

نکته قابل تأمل آن است که اگر استصناع عقدی لازم است، به صرف انعقاد عقد، لزوم پیدا خواهد کرد و اگر جایز است با شرط نمی‌توان آن را لازم نمود. در هر حال به نظر شروع در ساخت، ملازمه‌ای با شروع در عقد نداشته باشد؛ زیرا می‌تواند بین این دو فاصله باشد و از این جهت این قید قابل ملاحظه بوده و وجه آن معلوم نیست.

### ماده ۹ قرارداد استصناع بانکی

ماده ۹ بیان می‌کند «مشتری اظهار نمود از مقررات و ضوابط بانک در خصوص عقد استصناع مطلع گردیده و حائز شرایط دریافت تسهیلات است. در صورتی که به تشخیص بانک، مشتری از مفاد این قرارداد از جمله هرگونه معامله ناقله تحت هر عنوان نسبت به عین مورد وثیقه این قرارداد تخطی نماید، بانک می‌تواند مانده مطالبات را به دین حال تبدیل کند. چنانچه مشتری اقساط مذکور در ماده (۳) را در سررسید مقرر پرداخت ننماید، باقیمانده اقساط حسب ضوابط ابلاغی از سوی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، تبدیل به دین حال شده و بانک حق مطالبه تمامی طلب خود را از مشتری به صورت یکجا خواهد داشت. مشتری متعهد است علاوه بر استرداد کل مبالغ مذکور در این ماده، مبلغی را که مطابق ماده (۱۰) این قرارداد بر ذمه وی تعلق می‌گیرد، از مال خود به بانک بپردازد و در صورت عدم پرداخت، بانک حق دارد وفق مفاد این قرارداد، مطالبات خود را استیفا نماید». در دستورالعمل بانک مرکزی جمهوری اسلامی در رابطه با حال شدن دین اشاره‌ای نشده است؛ اما در عقود بانکی دیگر نیز مسئله حلول کلیه مطالبات بانکی به صورت دفعی وجود دارد که محل تأمل است؛ زیرا آیا صرف تخلف از شرط ضمن عقد می‌تواند منجر به حال شدن دین شود؟

آنچه در رابطه با مبلغ قرارداد به عنوان رکن پنجم عقد استصناع بیان می‌شود این است که این مبلغ به سازنده کالا یا پیمانکار طرح در برابر انجام کار در زمان بندی مشخص به

وسيله سفارش دهنده پرداخت می‌شود. پس اقتضای عقد استصناع این است که پرداخت مبلغ قرارداد در زمان بندی مشخص در برابر پیشرفت کار صورت گیرد. از آنجاکه استصناع یک عقد عرفی و عقلانی است و آنچه در عرف بین مردم به عنوان استصناع مشهور است، آن است که ثمن بر عهده مشتری بعد از تحویل کالا از سوی بایع محقق می‌گردد؛ بنابراین نمی‌توان ذمه مشتری را به صرف عقد بر تمام ثمن مشغول دانست، مگر اینکه استصناع را عقدی مستقل ندانست و آن را نوعی سلف و یا از دیگر عقود بدانیم ۱۰۷ تا احکام خاص آنها بر استصناع جاری گردد؛ بنابراین:

اولاً دلیلی بر حلول دین به صرف تخلف در شرط وجود ندارد. بلکه خلاف اصل براءت ذمه مشتری تا قبل از حلول اجل و تحویل کالا از سوی صنعتگر است. فقها مرگ را تنها علت حلول دین قبل از اجل دانسته (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۷۸/حلی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۷/شهید اول، ۱۴۱۷ق، ص ۳۱۳) و دلیل آن را روایات موجود در این مورد می‌دانند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۱۶).

دوم آنکه بر فرض شرط حلول قبل از اجل به علت تخلف مشتری، اصل صحت این شرط مشکل است؛ زیرا حلول دین مؤجل، منوط به سبب آن است، اگر سبب دین مثلاً فروش اقساطی باشد. این شرط خلاف مقتضی خواهد بود؛ زیرا اقتضای این عقد پرداخت مبلغ قرارداد در زمان بندی‌های مشخص است که با توجه به پیشرفت ساخت تنظیم می‌شود. نهایت اگر نتوانیم مخالفت آن را با مقتضا نیز اثبات نماییم، نمی‌توان با تمسک به ادله وجوب وفای به شرط، صحت چنین شرطی را نتیجه گرفت؛ زیرا این ادله دال بر وفای به شروط صحیح است که در این بحث در همین قسم اشکال وارد شده است.

### ماده ۱۵ قرارداد استصناع بانکی

در ماده ۱۵ قرارداد استصناع بانکی بیان شده است که «به منظور تضمین حسن انجام تعهدات ناشی از این قرارداد، موارد مشروحه ذیل: (مشخصات کامل وثیقه/ وثایق مأخوذه ذکر گردد) ..... در وثیقه بانک مستقر گردید. قبض و اقباض در خصوص مورد وثیقه مندرج در این ماده به عمل آمد و حسب مورد مجدداً به طور صحیح و سالم تحویل مالک یا مالکین داده شد».

در ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی عقد استصناع بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نیز این موضوع مورد توجه قرار گرفته است. در این ماده آمده است که: «بانکها موظفاند هنگام انعقاد عقد استصناع اول، جهت اطمینان از بازپرداخت اصل و سود تسهیلات توسط مشتری، مبادرت به اخذ وثایق و تضمین‌های مناسب نمایند».

آنچه در این ماده تأمل برانگیز است، اخذ وثیقه در ابتدای عقد است.

رهن در لغت به معنای ثبات و دوام شیء است (ابوالحسین و ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ص ۴۵۲). شیخ طوسی رهن شرعی را وثیقه‌ای بر دین تعریف نموده است؛ به طوری که در صورت عدم امکان استیفا دین از سوی مدیون، دائن دین خود را از ثمن این رهن اخذ کند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ص ۱۹۶). فقهای پس از وی به تبع از شیخ، رهن را وثیقه بر دین تعریف نموده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۶۶ / حلی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۸۵ / شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ص ۷ / صاحب الجواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۵، ص ۹۴).

صاحب وسایل، باب اول کتاب رهن خود را جواز ارتهان بر حق ثابت اختصاص داده و روایات مربوطه را در این موضوع بیان کرده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۷۹). از حق ثابت که در عنوان باب آمده، می‌توان فهمید که رهن بر حقوقی که هنوز ثابت نگردیده باشد، صحیح نخواهد بود.

شیخ طوسی بعد از بیان مراد از رهن، حقوقی که به علت عدم ثبوت بر ذمه، اخذ رهن بر آنها جایز نیست را بر می‌شمرد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ص ۱۹۶). صاحب شرایع نیز بعد از بیان عدم صحت اخذ رهن بر آن چیزی که سبب وجوب آن حاصل نشده است، شروع به شمردن موارد عدم جواز کرده و از جمله آنها رهن بر جعاله قبل از عمل را بیان می‌دارد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص ۶۹).

در هر حال معلوم است که اخذ رهن بر دینی که بر ذمه فرد قبل از رهن ثابت گردیده باشد، جایز است و از سوی دیگر همان‌گونه که بیان گردید، مشتری به صرف عقد استصناع در صورتی که استصناع عقد مستقل باشد، مدیون بایع نیست؛ بلکه وی متعهد گردیده است که در صورت انجام کار توسط صنعتگر، مبلغ مورد نظر را به او پرداخت نماید. البته اگر استصناع را نوعی بیع و یا اجاره و... بدانیم، حکم آن متفاوت خواهد بود؛ لذا به صرف عقد و قبل از انجام هرگونه عملی اخذ وثیقه نمی‌تواند توجیهی داشته باشد؛ مگر آن را به عنوان

یک شرط ابتدایی یا شرط ضمن عقد خارج لازم دانست و وثیقه شرعی ندانیم. در این صورت نیز اگر شرط ابتدایی باشد با مشکل عدم لزوم وفا به آن مواجه خواهد بود. ممکن است اشکال شود که در این مورد سبب دین که استحقاق صنعتگر است، همزمان با رهن اتفاق افتاده و این همزمانی موجب تصحیح عقد است. علامه در تذکره می‌گوید: «اگر رهن با سبب دین درهم آمیزد مانند آنکه کسی بگوید، این عبد را به تو فروختم به هزار و این لباس را در رهن قرار دادم و مشتری بگوید خریدم و رهن قرار دادم و یا اینکه کسی بگوید این درهم‌ها را به تو قرض دادم و خانه‌ات را در رهن قرار دادم، اقرب جواز این معاملات است، چراکه حاجت چنین اقتضا دارد اگر این رهن منعقد نگردد، نمی‌توان مشتری را به پایبندی به عقد ملزم ساخت و نیز چون شرط رهن در بیع و قرض به علت حاجت شدید جایز است، پس مزج رهن با آن دو نیز بی‌اشکال است؛ چراکه این وثیقه (در صورت مزج) تأکیدش بیشتر خواهد شد؛ چراکه صرف شرط ممکن است وفا نشود» (حلی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۷۸).

صاحب‌الجواهر بعد از نقل قول علامه در قواعد که می‌گوید: «اگر بین رهن و سبب دین، مشارکت ایجاد شود در جواز آن اشکال است. این اشکال از اشکال در جواز اشتراط رهن در عقد نشاءت می‌گیرد (صاحب‌الجواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۵، ص ۱۴۹). به این مطلب دو اشکال وارد است. اول اینکه آیا در عقد استصناع عرفی به صرف عقد، چنین حقی برای صنعتگر حاصل می‌شود؟ که بعید است و ثانیاً مهم‌ترین دلیل بر صحت چنین رهنی، حاجت شدید است که منشأ قاعده اهل سنت بوده و عموم آن به این وسعت در فقه امامی خالی از اشکال نیست.

## جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

استصناع عقدی پذیرفته شده است و مشهور آن را به عنوان عقدی مستقل می‌دانند.

استصناع دارای احکام و ارکانی است که بیان گردید.

قرارداد استصناع بانکی دارای موادی چالش‌برانگیز است. ماده ۳ صحبت از

پیش‌پرداخت بیان نموده است که می‌توان آن را از باب مصالحه و یا هبه تصحیح نمود. البته

اگر هبه باشد، به نظر هبه مشروط به این معنا که صنعتگر نیز مقداری از مبلغ را در مقابل این هبه به مشتری هبه نماید، است.

با توضیحات بیان شده به نظر، تغییر در ادبیات ماده برای رفع ابهامات مذکور مفید خواهد بود.

ماده ۴ بحث از واگذاری استصناع است. گرچه این عمل فی حد نفسه، صحیح است، اما از آنجاکه بانک صنعتگر نیست، صوری بودن آن محرز است. بله بانک می تواند به عنوان وکیل از سوی مشتری قرارداد استصناعی با صنعتگر منعقد نماید که ذیل استصناع قرار نخواهد گرفت.

ماده ۵ که خسارت را بر عهده مشتری قرار داده است، فاقد اشکال است.  
ماده ۶ لزوم معامله را بعد از شروع کار توسط صنعتگر دانسته که وجهی ندارد.  
حال شدن دیون به محض تخلف مشتری و اخذ وثیقه در ابتدای عقد که در ماده های ۹ و ۱۵ آمده است، فاقد وجه شرعی است.

## منابع و مأخذ

۱. ابن اثیر، مبارک بن محمد؛ النهایه فی غریب الحدیث و الاثر؛ ج ۳، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، [بی تا].
۲. ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.
۳. طوسی، محمد بن علی ابن حمزه؛ الوسیله الی نیل الفضیله؛ قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته، ۱۴۰۸ق.
۴. ابن زهره، حمزه بن علی حسینی؛ غنیة النزوع الی علمی الأصول و الفروع؛ قم: مؤسسه امام صادق رحمته، ۱۴۱۷ق.
۵. ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا؛ معجم مقانیس اللغة؛ ج ۲، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ق.
۶. العثماني، محمد تقی؛ فقه البیوع علی مذاهب الاربعه و تطبیقاتها المعاصره مقارنا علی القوانين الوضعیه؛ ج ۱، کراچی: مکتبه معارف القرآن، ۱۴۳۶ق.



۷. انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات؛ ج ۲، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۸. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران (اداره مطالعات و مقررات بانکی)، بخشنامه شماره ۹۴/۳۴۷۱۷۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۷؛ ابلاغ فرم‌های یکنواخت قراردادهای اجاره به شرط تملیک، خرید دین، مزایحه، مزارعه، مساقات، استصناع، جعاله و سلف، مصوب شورای پول و اعتبار. قابل دسترس در <https://www.cbi.ir/page/14318.aspx>
۹. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران (اداره مطالعات و مقررات بانکی)، دستورالعمل اجرایی عقد استصناع، ۱۳۹۰.
۱۰. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم؛ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۲۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ق.
۱۱. بخاری، محمد بن اسماعیل؛ صحیح بخاری؛ ج ۴، قاهره: وزارة الاوقاف، المجلس الاعلی للشئون الاسلامیة، لجنة إحياء كتب السنه، [بی تا].
۱۲. تقی زاده، ابراهیم؛ «استصناع و کاربرد آن در نظام بانکی با تأکید بر دستورالعمل های ۱۳۹۰/۰۵/۲۵ شورای پول و اعتبار»؛ دوفصلنامه علمی- پژوهشی دانش حقوق مدنی، س ۶، ش ۱، ۱۳۹۶.
۱۳. جمعی از پژوهشگران؛ الموسوعه الفقهيہ؛ ج ۳، الكويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، ۱۴۰۴ق.
۱۴. جمعی از پژوهشگران؛ موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام؛ ج ۱۱، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بيت علیهم السلام، ۱۴۲۳ق.
۱۵. جواهری، حسن؛ الفقه المعاصر؛ ج ۲، بیروت: العارف للمطبوعات، ۲۰۱۲.
۱۶. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد؛ ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل؛ ج ۱۰، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ق.
۱۷. حر عاملی، محمد بن حسن؛ تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة؛ ج ۱۸، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق.

١٨. حلی، حسن بن یوسف ابن مطهر اسدی؛ تذکره الفقهاء؛ ج ١٣، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤١٤ق.
١٩. حلی، یحیی بن سعید؛ الجامع للشرائع؛ قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه، ١٤٠٥ق.
٢٠. زحیلی، وهبه؛ الموسوعه الفقه الاسلامی و القضايا المعاصر؛ ج ١١، دمشق: دارالفکر، ١٤٣٣ق.
٢١. سبحانی، جعفر؛ مسائل فقهیه مهمه؛ قم: مؤسسه الامام الصادق علیه السلام، ١٤٣٩ق.
٢٢. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ مصادر الحق؛ ج ٢، تهران: انتشارات خرسندی، ١٣٩١.
٢٣. هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ «استصناع (سفارش ساخت کالا)»؛ فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت علیهم السلام، س ٥، ش ١٩ و ٢٠، ١٣٧٨.
٢٤. \_\_\_\_\_؛ بحوث فی الفقه (کتاب الاجاره)؛ ج ١، چ ٢، قم: مؤسسه الفقه و معارف اهل البيت علیهم السلام، ١٤٢٣ق الف.
٢٥. \_\_\_\_\_؛ قراءات فقهیه معاصره؛ ج ٢، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ١٤٢٣ق ب.
٢٦. شهید اول، محمد بن مکی؛ الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه؛ ج ٣، چ ٢، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٤١٧ق.
٢٧. شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة؛ ج ٤، قم: کتابفروشی داورى، ١٤١٠ق.
٢٨. \_\_\_\_\_؛ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ٣، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ١٤١٣ق.
٢٩. صاحب الجواهر، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ٧، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ١٤٠٤ق.
٣٠. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ حاشیه المکاسب؛ ج ٢، چ ٢، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٢١ق.
٣١. طوسی، محمد بن حسن؛ المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ٢، چ ٣، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریة، ١٣٨٧ق.
٣٢. \_\_\_\_\_؛ النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی؛ بیروت: دار الکتب العربی، ١٤٠٠ق.

۳۳. \_\_\_\_\_؛ الخلاف؛ ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق الف.

۳۴. \_\_\_\_\_؛ تهذیب الأحکام؛ ج ۷، چ ۴، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ق ب.

۳۵. کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۵، چ ۴، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ق.

۳۶. مجلسی، محمد باقر؛ مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول؛ ج ۱۹، چ ۲، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۴ق.

۳۷. مسلم بن حجاج؛ صحیح مسلم؛ ج ۳، قاهره: دار الحدیث، ۱۴۲۱ق.

۳۸. محقق حلّی، جعفر بن حسن؛ شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام؛ ج ۲، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

۳۹. موسویان، سید عباس؛ فقه معاملات بانکی؛ [بی نا]، ۱۳۹۰.

۴۰. \_\_\_\_\_؛ ابزارهای مالی اسلامی؛ تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱ق.

۴۱. موسویان، سید عباس و احسان بازوکار؛ «بررسی فقهی - حقوقی اوراق استصناع موازی»؛ فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۶۳، ۱۳۹۲.

۴۲. مؤمن قمی، محمد؛ کلمات سدیده فی مسائل جدیده؛ قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العمیه بقم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.

۴۳. نظریور، محمد تقی و اکبر کمیجانی؛ «چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا»؛ فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، ش ۳۰، ۱۳۸۷.