

عقد استصناع و استفاده از آن در

نظام بانکی کشور

مینا جزایری - رئیس گروه بازرسی اداره نظارت بر بانک‌ها

مقدمه

در حقوق اسلامی، هرچند که اخذ ربا منع شده است، لیکن اعتبار و تمهید در ساختار معاملات اسلامی نقش عمده‌ای را ایفا می‌نماید. این در حالی است که بنا به اهداف مندرج در قانون عملیات بانکی بدون ربا در روش‌های توزیع منابع، نقش معاملات تمهیدی به عقد سلف (پیش‌خرید نقدی محصولات واحدهای تولیدی) و اعتباری به فروش اقساطی (فروش اقساطی مسکن، اموال منقول و مواد اولیه و لوازم یدکی مورد نیاز واحدهای تولیدی و صنعتی) محدود شده است.

لذا به منظور رفع محدودیت‌های پیش‌بینی شده در قانون عملیات بانکی بدون ربا، می‌توان از روش‌هایی (غیرربوی) که در دیگر بانک‌های اسلامی کشورهای دیگر رایج است، موسوم به "بیع استصناع" استفاده نمود. مابسیس مذکور به لحاظ انعطاف در نحوه پرداخت ثمن (بهای معامله)، شکل قرارداد و کاهش ریسک، امکانات نظام‌مندی را برای تجارت و تامین مالی، به‌ویژه در سرمایه‌گذاری‌های سنگین فراهم می‌آورد. در واقع، استصناع به عنوان ابزار جدید مالی،

قراردادی است که با ویژگی خاص خود، از امکان تامین منابع مالی برای سرمایه‌گذاری‌های بلندمدت برخوردار است.

بر این اساس، ابتدا به اختصار به بررسی ماهیت و کاربرد عقد یادشده و استفاده آن در نظام مالی کشورهای اسلامی و سپس به بررسی ابعاد قانونی آن در نظام بانکی ایران پرداخته می‌شود.

ماهیت "بیع استصناع"

"بیع استصناع" توافقی است بین تولیدکننده (به‌عنوان فروشنده) و خریدار برای فروش کالایی که به هنگام انعقاد قرارداد وجود ندارد و به سفارش خریدار با اوصاف معین در آینده ساخته و تحویل می‌شود. تحویل کالای مصنوع (مبیع) به عهده تولیدکننده / صنعتگر است.

استصناع یکی از صور عقد بیع است. قرارداد هم در واقع دستوری از ناحیه خریدار به فروشنده برای ساخته‌شدن کالایی مصنوع در آینده است.

مشروعیت "بیع استصناع" از مشروعیت عقد بیع حاصل شده است، زیرا عقد مذکور صرفاً وعده یکطرفی فروش نمی‌باشد.

لازم به یادآوری است که عقد بیع دارای دو موضوع است: ثمن و مبیع. در عرف کنونی، ثمن به‌طور معمول پول است. بنابراین، مهمترین بحث درباره قیمت یا ثمن لزوم درج آن در قرارداد می‌باشد و در موارد استثنایی نیز ثمن کالایی است که با مبیع مبادله

می‌شود و طرفین آن را به دیده "قیمت مبیع" می‌نگرند.

جزء دیگر موضوع عقد بیع، مبیع (کالای موضوع معامله) است. عقد بیع در صورتی صحیح است که مبیع دارای این اوصاف باشد:

۱- هنگام عقد موجود باشد.

۲- مالیت داشته باشد.

۳- قابل خریدوفروش باشد.

۴- معلوم و معین باشد.

۵- با بیع قدرت بر تسلیم آن را داشته باشد.

۶- ملک با بیع باشد.

چنانچه ملاحظه می‌شود، یکی از شرایط مبیع اینست که به هنگام عقد کالا موجود باشد، در حالی که در "بیع استصناع" و سلف، مبیع به هنگام توافق موجود نبوده و در آینده ساخته می‌شود، لذا این ابهام وجود دارد که آیا این قرارداد با اصول تصریح‌شده در قانون مدنی ایران مطابقت دارد یا خیر؟^(۱)

استصناع عقدی است لازم، و با قرارداد

اجاره‌کار و خدمت نیز تفاوت دارد.

لازم به یادآوریست در مواقعی که مبیع عین معین یا در حکم آن است، باید به هنگام عقد موجود باشد. خرید و فروش مال معینی که وجود خارجی ندارد، باطل است (ماده ۳۶۱ قانون مدنی)، زیرا در این مورد

مؤسسات مالی کشورهای اسلامی با استفاده

از "استصناع موازی" نقش عمده‌ای را در

تامین منابع مالی مشتریان خود ایفا

می‌نمایند.



▲ بیع استصناع، توافقی است برای فروش کالایی که به هنگام انعقاد قرارداد وجود خارجی ندارد.

عقد تملیکی است و مبیع باید موجود باشد تا بتواند مورد انتقال قرار گیرد. درباره بیعی که موضوع آن در حکم معین است، باید افزود که هنگام بسته شدن عقد باید تمام یا مقداری از آن که موضوع بیع قرار گرفته است، موجود باشد، ولی در موردی که بیع کلی است، لزومی ندارد که فروشنده مصدق از آن را به هنگام عقد داشته باشد. برای مثال، اگر موضوع عقد بیع، فروش گندم یک خروار به طور کلی باشد، از بین رفتن تمام گندم‌های موجود عقد را باطل نمی‌کند، زیرا در این فرض فروشنده یک خروار گندم بدهکار است و مکلف است که موضوع دین را تهیه و تسلیم نماید. همچنین است وقتی شیئی معین را به خریدار سفارش می‌دهد، در این مورد فروشنده عهده‌دار تهیه و تملیک آنست. از سوی دیگر، در موردی که مبیع کلی و صادق بر افراد عدیده است، بیع وقتی صحیح است که مقدار جنس و وصف مبیع در قرارداد مشخص باشد. بنا به مراتب فوق، استصناع به شرحی که بعداً توضیح داده خواهد شد، جز در صورتی که پرداخت ثمن نیز ناظر به آینده است، در انطباق با مبحث بیع در قانون مدنی است.

در حقوق اسلامی، اعتبار و تعهد در ساختار معاملات اسلامی نقش عمده‌ای را ایفا می‌نمایند، در حالی که در قانون عملیات بانکی بدون ربا، نقش معاملات تعهدی به عقد سلف، و اعتباری به فروش اقساطی محدود شده است.

ثمن و نحوه تادیه آن در قرارداد استصناع

در عقد بیع، مبیع یا ثمن مبادله می‌شود، همانطوری که فروشنده ملزم به تحویل مبیع است، خریدار نیز ملزم به تادیه ثمن است. در استصناع نیز همین حکم جاریست.

مهمترین نکته در "بیع استصناع" قابلیت انعطاف آن در اشکال مختلف پرداخت ثمن (بهای مورد معامله) به شرح زیر است:

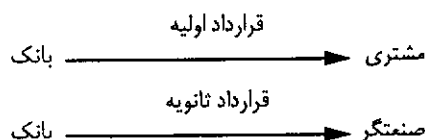
□ فروشنده می‌تواند برای انجام تعهد یا تضمین قرارداد قسمتی از ثمن را از خریدار به عنوان ودیعه (بیعانه) اخذ نماید.

□ ثمن می‌تواند به صورت اقساطی تادیه شود.

□ ثمن می‌تواند به صورت نقدی تادیه شود یا به صورت مؤجل باشد.

استصناع موازی

نوع دیگر استصناع که به "استصناع موازی" مشهور است، از طریق دو قرارداد مستقل و جداگانه تحقق می‌یابد. موسسات مالی کشورهای اسلامی با استفاده از این دو قرارداد، نقش عمده‌ای را در تامین منابع مالی مشتریان خود ایفا می‌نمایند. توضیح آن که در قرارداد اولیه، بانک در مقام تولیدکننده قراردادی را با مشتری منعقد نموده و در قرارداد ثانوی (استصناع موازی)، بانک به عنوان خریدار نهایی قراردادی را با تولیدکننده منعقد می‌نماید. انعقاد قرارداد ثانوی یا موازی برای انجام تعهدات موسسات مالی در قبال مشتری در قرارداد اولیه است.



□ ثمن می‌تواند کالایی عینی یا به صورت استیفای از منافع مالی باشد.

نکته مهم در "بیع استصناع" وقتی است که ثمن مؤجل باشد. در اینصورت، به موجب قواعد فقه جعفری، بیع کلی را که در آن ثمن و مبیع ناظر به آینده باشند، باطل می‌دانند. این بیع را در اصطلاح "کالی به کالی" می‌گویند.

به عقیده استادان صاحب نظر حقوق ایران «این نظریه را به آسانی نمی‌توان پذیرفت، زیرا قانونگذار در ماده ۱۰ قانون مدنی اصلی را تاسیس نموده است که به موجب آن، همه قراردادهای درست هستند مگر خلاف صریح قانون باشند. قانونگذار در مقام بیان صحت معامله است، به ویژه آن که بخش عظیمی از دادوستدهای بازرگانی بدینصورت انجام می‌پذیرد. اعتقاد به بطلان بیع کالی به کالی از جهت اقتصادی، به ویژه برخورد با عرف نیز زیانبار است»^(۲).

می‌شود، در این صورت، برای جبران ضرر و زیان وارده به تولیدکننده، وجه التزام پیش بینی می‌شود. به عنوان مثال، شرکت هواپیمایی کویت می‌خواهد چند فروند بویینگ تحویلی دو سال آینده را سفارش بدهد. شرکت بویینگ نیاز به دریافت ثمن معامله بر حسب پیشرفت کار دارد. از طرف دیگر، هواپیمایی کویت نیز به علت عدم اطمینان در خصوص میزان تقاضای خود در آینده با شرکت مذکور قرارداد استثنای را امضا می‌نماید که در سال اول اختیار فسخ سفارش‌های خود را بعضاً یا کلاً داشته باشد، با این شرط که وجه التزام پیش‌بینی شده در قرارداد در صورت فسخ به منظور تامین ضرر و زیان شرکت بویینگ ضبط شود.

شکل و نوع قرارداد

استثنای عقیدت لازم، زیرا در لازم‌بودن عقد بیع تردیدی وجود ندارد. خریدار و فروشنده باید بر سر پیمان خود باشند و نمی‌توانند بدون رضایت طرف دیگر آن را برهم زنند. به طور کلی، در صورت رعایت اصول کلی از قبیل تعیین نوع و وصف مبیع، همچنین نحوه تادیه ثمن در قرار خریدار و فروشنده نمی‌توانند از ایقاعی تعهدات خودداری نمایند^(۳). ضمناً استثنای چون قرارداد فروش است، لذا از تاریخ انعقاد لازم‌الاجرا است. در قرارداد استثنای نمی‌توان شرطی مبنی بر عدم مسؤلیت فروشنده در قبال نقصان کالای موضوع قرارداد (مبیع) درج نمود.

امر نظارت بر قرارداد استثنای را می‌توان با رضایت تولیدکننده به یک شرکت متخصص با تجربه محول کرد.

وجه تمایز قرارداد استثنای با سایر عقود

قرارداد استثنای با قرارداد اجاره کار و خدمت متفاوت است، بدین معنی که قرارداد اجاره ممکن است بر مبنای ارزیابی خدمات یا خدمات شخص اجیر شده باشد. شخص اجیر در قرارداد اجاره موظف به ارائه مصالح و لوازم مورد تولید نیست، در حالی که در بیع استثنای تولیدکننده / صنعتگر ملزم به تهیه مصالح و فراهم آوردن مواد اولیه است.

قرارداد استثنای، از سوی دیگر، با قرارداد مقاطعه متفاوت است، چون در قرارداد مقاطعه،

نقدینگی دارد. گروه کشتی‌سازی مذکور نیز به سرمایه درگرددش برای خرید وسایل و پرداخت هزینه‌های بالاسری نیاز دارد. شرکت کشتیرانی عربستان سعودی با بانک اسلامی بحرین وارد مذاکره می‌شود و بانک اسلامی بحرین هم به عنوان فروشنده، کالای موضوع قرارداد را به شرکت کشتیرانی عربستان سعودی می‌فروشد (یا به عبارتی دیگر، شرکت کشتیرانی به عنوان خریدار، کالای موضوع قرارداد را از بانک اسلامی بحرین خریداری می‌نماید). بر اساس شرایط قرارداد، شرکت کشتیرانی پرداخت بهای معامله را به هنگام تکمیل دوسوم عملیات ساخت تانکر شروع می‌کند و به مدت دوازده ماه بعد از تحویل تانکر ادامه خواهد داد. سپس بانک اسلامی بحرین به عنوان خریدار، قرارداد استثنای دیگری را با شرکت کشتی‌سازی سئول جهت ساخت تانکر و پرداخت ثمن برحسب پیشرفت کار منعقد می‌نماید.

■ دولت مالزی و شرکت RCC قرارداد ساخت یک اتوبان ۲۰ مایلی را منعقد می‌نمایند. متعاقباً شرکت مذکور با بانک اسلامی مالزی قرارداد استثنای می‌بندد. به موجب قرارداد مذکور، مقرر می‌شود که پرداخت در ازای تکمیل هر مایل صورت گیرد و به هنگام اتمام کار، بانک اسلامی مالزی موضوع قرارداد را برحسب پیشرفت کار یا مجموعاً، به دولت مالزی به صورت نقدی یا مؤجل می‌فروشد.

یک شرکت کفش واقع در اندونزی هم سفارش ساخت یک میلیون کفش جهت تحویل در شش ماه آینده را دریافت می‌نماید. چون منابع شرکت مذکور برای تولید کافی نمی‌باشد، بدین لحاظ به بانک اسلامی اندونزی مراجعه می‌کند و بانک مذکور کفش‌های مورد سفارش را با اوصاف مندرج در قرارداد (و پرداخت برحسب پیشرفت کار) خریداری می‌نماید و سپس کالا را به مشتری (سفارش‌دهنده) به صورت نقدی واگذار می‌کند.

نحوه استفاده از حق فسخ در قرارداد استثنای

بعضاً مشاهده می‌شود که خریدار برای پوشش و حفاظت از قرارداد بیع استثنای استفاده می‌نماید، بدین معنی که خریدار با محفوظداشتن حق فسخ برای خود، مبادرت به انعقاد قرارداد می‌نماید. از طرفی، چون اختیار فسخ سفارش کالا از نقطه نظر تولیدکننده (فروشنده کالا) نکته منفی محسوب

به عنوان مثال، بانک به موجب قرارداد با مشتری، ساختن ساختمانی را با شرایط خاص تعهد می‌نماید. در صورت عدم شرط مباشرت، بانک می‌تواند امر ساخت را به شخص ثالثی محول نماید، با این توضیح که بانک از تفاوت قیمت دو قرارداد اولیه و موازی استفاده می‌نماید، به‌ویژه آن که در یکی از دو قرارداد بهای معامله به صورت نقدی است.

نحوه استفاده از استثنای و استثنای موازی در کشورهای اسلامی: استثنای و استثنای موازی یکی از مهمترین ابزارها در بازارهای مالی اسلامی است و موارد استفاده آن به شرح زیر است:

■ ■ ■
عقد استثنای به عنوان ابزار جدید مالی، از امکان تامین منابع مالی برای سرمایه‌گذاری‌های بلندمدت برخوردار است.

■ بانک (یا موسسه اعتباری) ممکن است به عنوان خریدار نهایی صنعتگر / تولیدکننده را تامین مالی (به صورت نقدی) نموده و در نتیجه، مالک کالا شود و پس از تملک یا تصرف کالا، می‌تواند به وسیله قراردادی مانند بیع اجاره یا از طریق قراردادهای مستقیم یا از طریق تعهدی که قبل از انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد، کالا را به مشتریان جدید انتقال دهد. در صورت عدم شرطی دال بر این که بانک رأساً کالای مصنوع خود را تهیه نماید، بانک مذکور می‌تواند به عنوان صنعتگر / تولیدکننده ارزیابی خدمات قرارداد استثنای را به صورت به وعده به عهده گرفته و متعاقباً قرارداد استثنای موازی دیگری را به عنوان خریدار منعقد و کالای موضوع قرارداد را (مشابه کالای قرارداد) از بازار تهیه و به ایقاعی تعهدات خود اقدام نماید.

■ بانک می‌تواند به موجب بیع استثنای کالایی را با بهای نقدی از تولیدکننده / صنعتگر خریداری کند و پس از در اختیار گرفتن کالا، تولیدکننده را به عنوان نماینده خویش انتخاب کند تا کالای مورد قرارداد را بفروشد. انجام نمایندگی ممکن است با دریافت کارمزد یا بدون آن باشد. به عنوان مثال، شرکت کشتیرانی عربستان سعودی با گروه کشتی‌سازی سئول برای سفارش ساخت تانکر صد هزار تنی وارد مذاکره می‌شود. شرکت کشتیرانی سعودی مشکل

به کارگرفتن آنها وکیل می‌باشد، در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک، معاملات اقساطی، مزارعه، مساقات، سرمایه‌گذاری مستقیم، معاملات سلف و جماله مورد استفاده قرار می‌گیرد.»

بنا به مراتب فوق، مالکیت وجوه سپرده‌های سرمایه‌گذاری متعلق به سپرده‌گذاران است و بانک در مقام وکیل و براساس مقررات سپرده‌گذاری، قانوناً مجاز به مصرف وجوه مذکور در معاملاتی است که در ذیل تبصره ۳ قانون مذکور به آنها اشاره شده است.

ازسویی دیگر، سپرده‌های قرض‌الحسنه براساس شرایط عقد قرض، به تملیک بانک درمی‌آید و چون بانک مالک این قبیل وجوه می‌باشد، لذا می‌تواند هرگونه دخل و تصرف به تشخیص خود در این وجوه و سایر منابع خود انجام دهد.

بنابراین، هرچند که بانک‌ها می‌توانند منابع خود را به این عقد اختصاص دهند، لیکن چون نظام بانکی به موجب قانون مکلف است که عندالمطالبه این قبیل سپرده‌ها را مسترد دارد، لذا اصلاح است که با اصلاح قانون عملیات بانکی بدون ربا، امکان استفاده از این امر فراهم شود. ■

پانویست‌ها

۱) عقد سلف و استصناع از این حکم کلی مستثنا هستند. توضیح آن که در قانون مدنی، به عقد سلف اشاره شده است. هرچند که به بیع استصناع تصریح نشده است، لیکن انعقاد این قرارداد ذیل ماده ۱۰ بلاشکال است.

۲) آنچه به طور صریح در شرع منع شده است، بیع دین به دین است و دلیل قاطعی برای بطلان دین کالی به کالی وجود ندارد. موضوع مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است.

۳) در لزوم عقد استصناع دو نظریه وجود دارد: عده‌ای معتقدند (نشأت‌گرفته از مکتب حنفی) تا هنگامی که تولیدکننده شروع به ساخت کالای موردسفرارش ننموده است، طرفین می‌توانند با اخطار قبلی توافق خود را فسخ نمایند، لیکن بعد از شروع به ساخت مبیع توسط تولیدکننده، فسخ قرارداد امکانپذیر نیست، مگر با توافق طرفین (اقاله). عده‌ای هم معتقدند که بیع استصناع از تاریخ انعقاد برای طرفین لازم‌الاجراست. نظر اخیر با توجه به مقتضیات زمان و ماهیت عقد استصناع که در قراردادهای با اقلام بزرگ مورد استفاده قرار می‌گرفته است، پذیرفته شده است.

نحوی بر کالا تسلط یابد، موجب اسقاط مسوولیت تولیدکننده خواهد شد. در صورت عدم‌پذیرش کالا توسط خریدار نهایی، کالا در تصرف تولیدکننده به عنوان امین باقی می‌ماند. در این صورت، تولیدکننده جز در مورد تعدی و تفریط مسوولیت نخواهد داشت.

در قرارداد استصناع، می‌توان شرط نمود که در صورت تاخیر از جانب خریدار برای تحویل کالا در مدت معین و مشخص، تولیدکننده می‌تواند به عنوان عامل خریدار نهایی برای فروش کالا عمل نماید.

استصناع از منظر ساختار قانونی ایران

بیع استصناع از منظر قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا قابل امان‌نظر و بررسی به شرح زیر می‌باشد:

از دیدگاه قانون مدنی؛ همانطور که در تعریف استصناع اشاره شد، استصناع یکی از صور عقد بیع است و مشروعیت آن از عقد بیع حاصل شده است، زیرا عقد مذکور صرفاً وعده یک‌طرفی فروش نمی‌باشد.

مهمترین نکته در «بیع استصناع» قابلیت و انعطاف آن در اشکال مختلف پرداخت ثمن (بهای مورد معامله) به صورت پیش‌پرداخت یا معوق اقساطی است و راه‌های مختلفی را فراروی خریدار قرار می‌دهد.

نکته مهم در «بیع استصناع» وقتی است که ثمن مؤجل باشد. در اینصورت، چون مبیع کلی فی‌الذمه و تحویل آن ناظر به آینده است، لذا فقه جعفری آن را باطل می‌داند و همانطور که قبلاً هم اشاره شد، به عقیده استادان صاحب‌نظر در حقوق ایران، این نظریه را به آسانی نمی‌توان پذیرفت، زیرا قانونگذار در ماده ۱۰ قانون مدنی اصلی را تاسیس نموده است که به موجب آن، قراردادهای درست هستند مگر آن که خلاف صریح قانون باشند.

ابهام در اجرای «بیع استصناع» در نظام بانکی

ایران؛ به موجب ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها می‌توانند تحت هر یک از عناوین ذیل به قبول سپرده مبادرت ورزند:

الف - سپرده‌های قرض‌الحسنه مشتمل بر ۱-

۲- پس‌انداز.

ب - سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار.

همچنین به موجب تبصره همین ماده

«سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار که بانک در

مقاطعه کار ملزم به تهیه مصالح نیست، لیکن اگر به موجب قرارداد مصالح را نیز خود تهیه نماید، در این مورد قرارداد در قلمرو شمول «بیع استصناع» قرار می‌گیرد.

هرچند که قرارداد استصناع از جهاتی شبیه به فروش اقساطی است، بدین معنی که عقد مذکور ناظر است به خرید اقلام و تجهیزاتی که عمدتاً بخشی از یک پروژه یا طرح و فروش آن به مشتری بر مبنای پرداخت اقساطی یا معوق می‌باشد، لیکن عمده تفاوت بین این دو عقد این است که در فروش اقساطی، کالای موضوع قرارداد موجود است، در حالی که در استصناع کالای موردنظر در آینده ساخته می‌شود. تفاوت دیگر دو عقد مذکور، در نحوه قیمت‌گذاری است. قیمت در فروش اقساطی به هنگام انعقاد قرارداد برای طرفین باید قطعی و معین باشد، در حالی که در استصناع می‌توان با احتساب هزینه‌های پروژه به عنوان بخشی از قیمت معامله، قیمت را در ختم قرارداد تعیین کرد.

از سوی دیگر «بیع استصناع» با عقد سلم یا سلف هم متفاوت است، زیرا «بیع استصناع» بر مبنای فروش کالایی توصیف شده که در آینده ساخته خواهد شد، تحقق می‌یابد. موضوع عقد سلف می‌تواند هر نوع کالایی باشد - اعم از این که نیاز به ساخته شدن داشته باشد یا خیر. ثمن در قرارداد سلف باید به صورت کامل پرداخت شود و تاریخ تحویل آن هم معلوم و معین باشد، در حالی که در عقد استصناع، ثمن به اشکال مختلف پرداخت می‌شود و تاریخ تحویل کالا هم می‌تواند حتی در قرارداد ذکر نشود.

در پایان لازم به ذکر است که اگرچه عقد جماله از جهاتی شبیه به استصناع می‌باشد، لیکن جماله عقدی است جایز و ناظر به ارائه خدمت، در حالی که در استصناع ناظر به فروش کالا می‌باشد.

نظارت و تحویل کالا

امر نظارت در قرارداد استصناع را می‌توان با رضایت تولیدکننده به یک شرکت متخصص محول نمود. کار این شرکت این است که نظارت کند که آیا کالاها با مشخصات مورد توافق مطابقت دارد یا خیر؟ ضمناً این شرکت بر نحوه پرداخت هم نظارت می‌کند.

تحویل کالا به خریدار نهایی یا شخصی که از طرف وی معرفی شده است، رافع مسوولیت تولیدکننده خواهد بود. همچنین اگر خریدار نهایی به