

تحلیل اقتصادی هزینه های معاملاتی عقد استصناع و نقد دستور العمل استصناع بانکی شورای پول و اعتبار

چکیده

بانک در دنیای مدرن و در بخش اقتصاد مالی به وجود می آید. مهم ترین کارکرد آن، جذب سپرده های مردم (مشتریان) و اعطای تسهیلات به متقاضیان (تسهیلات گیرندگان) است. بانک هزینه معاملاتی را کاهش داده و نقش واسطه گری در مبادلات بازار پول دارد. در صورتیکه بانک وارد بخش اقتصاد واقعی شود، عملاً وارد بنگاه داری شده که این موضوع با کارکرد اصلی بانک در تعارض است. برخی از عقود اسلامی نیز خطر ورود بانک به بنگاه داری را در پی دارد. یکی از این عقود، عقد استصناع است. عقد استصناع از گذشته در بین مردم و در جوامع سنتی وجود داشته و فقهای عامه و شیعه در خصوص صحت و ماهیت آن مطالب مختلفی بیان نموده اند و از این دو حیث، محل وفاق فقها نبوده است؛ فارغ از اینکه ماهیت استصناع چیست، ابتدا می بایست قواعد تکمیلی این عقد توسط قانون گذار معین شود. از طرف دیگر قرارداد استصناع بانکی به موجب دستور العمل شورای پول و اعتبار وارد عقود اسلامی در بانکداری اسلامی شده است. در این نوشتار، پس از بررسی ماهیت و تحلیل اقتصادی عقد استصناع خارج از نظام بانکداری به نقد دستور العمل استصناع شورای پول و اعتبار پرداخته و با تحلیل اقتصادی این عقد در نظام بانکداری، به معایب آن و تعارضات آن با فلسفه وجودی بانکها می پردازیم. در این مقاله با شیوه تحلیلی و توصیفی و نیز روش کتابخانه ای، نتیجه خواهیم گرفت که هزینه های به وجود آمده ناشی از عقد استصناع و عقود مشابه منجر به ناکارایی اقتصادی شده و به علت افزایش هزینه معاملاتی، عدم تقارن اطلاعاتی و عدم هزینه فایده، نظام بانکی می بایست از ورود به این عرصه بپرهیزد.

واژگان کلیدی: تحلیل اقتصادی حقوق، عقد استصناع، حقوق بانکی، کارایی، هزینه معاملاتی، اقتصاد

مقدمه

اقتصاد هر کشور از دو بخش اصلی تشکیل می‌شود: بخش اقتصاد واقعی و بخش اقتصاد مالی؛ بخش اقتصاد واقعی شامل بخش‌های صنعت و بازرگانی و کشاورزی و خدمات است. به عبارت ساده‌تر، کلیه کارخانجات صنعتی، تجارت کشور، محصولات کشاورزی و نیز کلیه خدمات از قبیل حمل و نقل و آموزش و خدمات اینترنت و مشابه آن‌ها از زیربخش‌های بخش واقعی اقتصاد هستند اما بخش مالی یک اقتصاد شامل بازار پول (یعنی بانک‌ها، موسسات اعتباری) و بازار سرمایه (بورس اوراق بهادار، شرکت‌های سرمایه‌گذاری، شرکت‌های بیمه، صندوق‌های بازنشستگی) می‌باشد. وظیفه بخش مالی اقتصاد، "تامین مالی" بخش واقعی اقتصاد است. به عبارت دیگر، بخش مالی در اقتصاد هر کشوری وظیفه دارد که منابع مالی لازم برای ایجاد پروژه‌ها و ظرفیت‌های اقتصادی و نیز منابع پولی لازم برای سرمایه‌گذاری در گردش واحدهای تولیدی و اقتصادی موجود را تامین نماید.

بانک‌ها به عنوان اصلی‌ترین بخش توسعه سازمان اقتصاد کشور شناخته شده و بنا به موقعیت هم‌مشان، در سیستم مالی مورد پذیرش واقع شده‌اند. همچنین بانک‌ها نوعی موسسه مالی محسوب می‌شوند که نیازمند قوانین حمایتی ویژه‌ای به وسیله نهادهای تنظیم‌کننده مقررات هستند تا از حصول رقابت و کاهش خطر شکست آن‌ها، اطمینان حاصل شود.

در بازار پول به هر میزان که بانک‌ها فعالیت و سطح‌ای خود- یعنی جذب و تخصیص منابع- را صحیح‌تر انجام دهند، سرمایه‌ها در جهت اصولی‌تری حرکت کرده و ثروت عمومی نیز افزایش می‌یابد. انجام فعالیت‌های بزرگ نیاز به وجوه فراوان دارد و یکی از ابزارهای مهم تحقق این هدف، بازار پولی و بانکی کارا است. بنابراین موفقیت سیستم بانکی یکی از ارکان موفقیت اقتصاد کشور است و حقوق بانکی در این میان به عنوان یکی از تضمینات اجرای صحیح قواعد و اصول بانکداری از اهمیتی خاص برخوردار می‌گردد. سازوکار نامناسب در بازار پول به معنای عدم

استفاده بهینه از منابع پولی و عدم حصول رشد اقتصادی مطلوب است. به همین جهت باتوجه به اهمیتی که بانک ها در حیات اقتصادی جوامع ایفا می کنند و همچنین با پیچیده شدن روزافزون جوامع و گسترش مفاهیم مرتبط با بانکداری، بیش از پیش توجه به مفاهیم بانکداری احساس می گردد. همچنین می بایست تحلیل دقیقی از عملکرد نظام حقوقی بانکداری بدون ربا در مواجهه با نظام بانکداری رایج به وجود آورد. با مطالعه تاریخچه پیدایش بانک در ایران به این نکته پی می بریم که باتوجه به هزینه هایی که پیش از پیدایش بانک در ایران به مردم (اعم از وام گیرنده و وام دهنده) تحمیل می شد، بسیاری از تجار با درک این موضوع، به دنبال ایجاد یک ساختار مانند بانک در بازار پول بودند تا هزینه های مضاعف تحمیلی به تجار کاهش یابد. هزینه های مذکور شامل نداشتن اطلاعات موثق درباره تعداد قرض دهندگان و بالا رفتن نرخ بهره و شیوع استقراض با بهره های سنگین بود.

درسال های اخیر و با مطالعات میان رشته ای که پیرامون حقوق و اقتصاد در نظام حقوقی انگلستان و آمریکا به وجود آمد و رفته رفته به نظام های حقوق نوشته نیز نفوذ کرد، مسائل حقوقی از نگاه اقتصادی بررسی شد. لذا میتوان عقود را از دریچه اقتصاد نگریست. عقد استصناع نیز به عنوان یکی از عقود که از گذشته تا امروز کاربرد متعددی داشته، از این قاعده خارج نیست. پس از اینکه عقد استصناع در قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ نام برده شد، در سال ۱۳۹۰، دستور العمل اجرایی آن توسط شورای پول و اعتبار ابلاغ شد و سپس بانک مرکزی نمونه قرارداد یکنواخت آن را منتشر کرد. در این نوشتار به این سوال پاسخ خواهیم داد: اولاً عقد استصناع در نظام حقوقی ایران چه جایگاهی دارد و ثانیاً آیا عقد استصناع در نظام بانکی و خارج از نظام بانکی دارای کارایی اقتصادی می باشد؟ لذا این مسئله را در کفه ترازو قرار خواهیم داد که آیا عقد استصناع بانکی منجر به کاهش هزینه های معاملاتی - که از ثمرات وجودی پیدایش بانک است - می گردد یا خیر.

۱. برای مطالعه بیشتر رک به : محمود باقری و علی احمدی و محمد صادقی، «تحلیل پیدایش بانک در بازار تجاری ایران بر مبنای نظریه هزینه های معاملاتی»، نشریه علمی پژوهش ها و سیاست های اقتصادی، شماره ۱۰۱ (۱۴۰۲)، صص ۳۹۳-۴۱۹

در این مقاله به شیوه توصیفی و تحلیلی و روش کتابخانه‌ای در پی پاسخ به پرسش فوق هستیم. لذا دستور العمل شورای پول و اعتبار در خصوص عقد استصناع بانکی نیز در بومه نقد و تحلیل قرار خواهد گرفت.

در ابتدا به سراغ پیشینه تحقیق می‌رویم و پس از آن، به مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق و اهمیت آن در حقوق بانکی پرداخته خواهد شد. سپس به مفهوم و ماهیت عقد استصناع پرداخته و به تحلیل اقتصادی این عقد خارج از نظام بانکی می‌پردازیم. در نهایت به تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی و نقد و بررسی دستور العمل شورای پول و اعتبار مصوب ۱۳۹۰ خواهیم پرداخت.

پیشینه تحقیق :

باتوجه به اینکه مقاله پیش‌رو ناظر به نظام حقوقی ایران است، لازم است در خصوص پیشینه تحقیق حاضر به پژوهش‌های ذیل اشاره نمود:

کميجانی و نظریور (۱۳۸۷) در مقاله «چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا» به اثبات این فرضیه می‌پردازند که بانک‌ها می‌توانند برخی از خلاءهای موجود در تخصیص منابع را با به کارگیری عقد استصناع به گونه‌ای مناسب‌تر پرکنند. ایشان مقدمه‌های نظری و اجرایی استفاده از این عقد در بانکداری اسلامی ایران را فراهم می‌دانند. باتوجه به اینکه این مقاله قبل از دستور العمل شورای پول و اعتبار نگارش شده، نویسندگان به تحلیل آن پس از تصویب نپرداخته‌اند.

موسویان و بازوکار (۱۳۹۲) در مقاله «بررسی فقهی-حقوقی اوراق استصناع موازی» به روابط اوراق استصناع پرداخته و آثار حقوقی آن را بررسی کرده‌اند. همچنین شرایط لازم برای ناشر اوراق استصناع و احکام انتشار این اوراق را از حیث حقوقی و فقهی مورد بررسی قرار داده‌اند.

موسویان و بازوکار (۱۳۹۲) در مقاله‌ای دیگر با عنوان «احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع» به صحت و مفهوم و ماهیت این عقد پرداخته‌اند و با بررسی در فقه امامیه و فقه عامه احکام و آثار عقد استصناع را بررسی نموده‌اند.

تقی زاده (۱۳۹۶) در مقاله «استصناع و کاربرد آن در نظام بانکی با تاکید بر دستور العمل های ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار» 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 و آن ها را نیز از نظر اسلام مورد تایید قرار داده است.

الهام و عباسی (۱۳۹۹) در مقاله «قرارداد استصناع بانکی در ترازوی تحلیل و نقد فقهی» به بررسی ماهیت فقهی عقد استصناع پرداخته و با مراجعه به آرای فقها در مورد صحت و ماهیت آن سخن به میان آورده است.

از پژوهش های صورت گرفته مشخص می گردد اکثر نظریه پردازان در حوزه بانکداری، صحت عقد استصناع را پذیرفته و از حیث ماهیت، آن را دارای ماهیت مستقل و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی می دانند. آنچه که این نوشتار را از سایر مقالات در این حوزه متمایز می کند، تحلیل اقتصادی این عقد در نظام بانکداری و خارج آن و تطابق با معیارهای مکتب حقوق و اقتصاد می باشد که تاکنون مورد بررسی و تدقیق واقع نشده است.

۱. مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق و اهمیت آن در نظام بانکی

در این گفتار به جهت نوشتارهای متعدد در خصوص مباحث حقوق و اقتصاد (تحلیل اقتصادی حقوق) به مباحث کلی حقوق و اقتصاد پرداخته خواهد شد و از تفصیل آن خودداری نموده و در مجال دیگر بحث خواهد شد. لذا ابتدا مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق مورد بحث قرار می گیرد و سپس اهمیت آن در نظام بانکداری مورد اشاره واقع می گردد:

۱،۱ مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق

مهم ترین هدف علم اقتصاد، دستیابی به حداکثر منفعت با استفاده از منابع محدود است و انسان متعارف به واسطه اینکه از قدرت تفکر برخوردار است، در تلاش است تا با انتخاب صحیح به منفعت حداکثری دست یابد. او در هنگام رویارویی با عمل یا انتخابی، آن را از لحاظ اقتصادی

مورد بررسی قرار می‌دهد و در صورت داشتن صرفه اقتصادی به سمت آن عمل یا انتخاب می‌رود. نتیجه مطالعه رفتار انسان متعارف در خصوص خواسته‌های نامحدود و مواجهه او با منابع محدود، منجر به اصولی می‌شود که علم اقتصاد را پایه ریزی کرده است. اینکه گفته می‌شود افراد همواره در صدد به حداکثر رساندن رفتار خود هستند، در خصوص رفتار و عکس‌العمل آنان نسبت به حقوق و قواعد حقوقی هم صدق می‌کند. ^۲ پس می‌توان پدیده‌های حقوقی را نیز با نگاه اقتصادی نگریست. نگاه اقتصادی به مسائل و پدیده‌های حقوقی، تحلیل اقتصادی حقوق نام دارد. به عبارت دیگر دانشمندان حقوق و اقتصاد تعاریف متفاوتی از تحلیل اقتصادی حقوق ارائه داده‌اند اما تعریفی که متضمن هدف تحلیل اقتصادی حقوق نیز باشد، اشعار می‌دارد: «تحلیل اقتصادی حقوق عبارت است از به کارگیری نظریه‌های علم اقتصاد، خاصه کارایی به عنوان مبنای قواعد حقوقی به منظور ارزیابی این قواعد و عنداللزوم اصلاح آن‌ها.» ^۳ در اقتصاد، معیاری که در نگرش اقتصادی به حقوق برای پیش‌برد این مقاله اهمیت دارد و در تعریف فوق به آن اشاره شد عبارت است از: «کارایی اقتصادی» ^۴ توضیح آنکه در نگرش اقتصادی، حقوق و قواعد و نهادهای حقوقی بر مبنای «کارایی اقتصادی» مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

در خصوص معنای کارایی اتفاق نظر بین دانشمندان حوزه حقوق و اقتصاد وجود ندارد و معیارهای متفاوتی از کارایی اقتصادی ارائه شده است. نظریه‌های مرتبط با کارایی اقتصادی مانند: وضعیت بهینه پارتو، وضعیت برتر پارتو، معیار کالدور - هیکس، به حداکثر رساندن مطلوبیت و کارایی به عنوان راهبرد و خط مشی ارائه شده است که در ادامه به توضیح این معیارها پرداخته خواهد شد.

۱. محمود باقری و هدایت فرخانی و اسماعیل محمدی، «تحلیل اقتصادی حقوق بانکی (مطالعه موردی تسهیلات سندیکایی)»، دانش حقوق مالیه، شماره ۸ (۱۳۹۸)، ص ۴۵

۲. حسن بادینی، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق» (۱۳۸۲)، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۲، زمستان ۱۳۸۲، ص ۱۰۲

۳. محمود باقری و هدایت فرخانی و اسماعیل محمدی، پیشین، ص ۴۵

۴. کوروش کاویانی، پیشین، ص ۷۲

⁵ Economic Efficiency

۲,۱ اهمیت تحلیل اقتصادی حقوق بانکی

از آنجا که تمامی قوانین، نهادها، تاسیسات، اصطلاحات، مفاهیم و گزاره های حقوقی را می توان مورد تحلیل اقتصادی قرار داد، تحلیل اقتصادی حقوق بانکی نیز از این قاعده مستثنی نیست. چه بسا تحلیل اقتصادی حقوق بانکی، به جهت نقش مهم بانک ها در اقتصاد - و به خصوص اقتصاد مالی - از اهمیت بیشتری برخوردار باشد. منظور از تحلیل اقتصادی حقوق بانکی، نگاه اقتصادی به مسائل و پدیده های مرتبط با حوزه بانکداری، مانند پول و ماهیت آن، جذب و تخصیص منابع، تسهیلات بانکی، نرخ بهره در بانکداری، دولتی یا خصوصی بودن بانک، حاکمیت شرکتی، عقود بانکی، اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه های بانکی، پولشویی و غیره است. هر کدام از موارد فوق قابلیت بررسی از دریچه اقتصادی دارد تا کارایی اقتصادی در نظام بانکی یک کشور محقق گردد. در ایران نیز مانند سایر کشورهای، کارکرد بانک به عنوان یک شرکت تجاری و نیز کارکرد قراردادهای تسهیلاتی بانکی نمی تواند بدون توجه به تحلیل اقتصادی آن سازمان و قراردادهای متداول توسط بانکها صورت پذیرد. نظام بانکی و قراردادهای آن نمی تواند به هر قیمتی اهداف هنجاری ویژه و بسترهای قراردادی خاصی را بدون توجه به هزینه معاملاتی که ایجاد می کند و هزینه پول را بالا می برد پی گیری کند. لذا بایستی به جهت اهمیت بانک در نظام اقتصادی امروز، فعالیت های بانک مورد تحلیل اقتصادی قرار گیرد. از آنجا که عقد استصناع ماهیت قراردادی دارد، نگرش اقتصادی به این عقد از شاخه های تحلیل اقتصادی حقوق می باشد. به همین دلیل پس از تحلیل اقتصادی این عقود در بانکداری، باید تلاش نمود بهترین، مناسب ترین و کم هزینه ترین شیوه تخصیص منابع را با استفاده از عقود به کار بست.

۲. مفهوم و ماهیت عقد استصناع و تحلیل اقتصادی آن خارج از بانکداری

در این بخش از آنجا که فقها و حقوقدانان به تفصیل در مورد مفهوم و صحت و ماهیت عقد استصناع مقالات متعددی نگارش نمودند، به طور مختصر مفهوم و ماهیت عقد استصناع را واکاوی نموده و در ادامه به تحلیل اقتصادی این عقد، خارج از نظام بانکداری خواهیم پرداخت:

۱,۲ مفهوم عقد استصناع:

در گذشته، مردم برای رفع احتیاجات خود، گاهی از دارندگان کالا، اجناس مورد نیاز خود را خریداری می‌نمودند و گاهی از افراد متخصص که مهارت در ساخت وسایل مورد نیاز خود داشتند، درخواست می‌نمودند تا برای آن‌ها کالای مناسب را بسازند. کالاهای عموماً در پوشیدنی‌ها مانند کفش، انگشتر و یا ظروفی مانند کوزه و ادوات جنگی نظیر شمشیر خلاصه می‌شد و پیچیدگی خاصی نداشت. مطابق برخی از نقل‌ها، پیامبر اکرم(ص) سفارش ساخت منبر به نجار و انگشتر به زرگر داده بودند.^۱ با پیچیده‌تر شدن جوامع و فاصله گرفتن از صدر اسلام و روم باستان به زمان حال و شکل‌گیری دولت مدرن و صنعتی شدن جوامع و پیشرفت تکنولوژی، به‌خصوص پس از انقلاب صنعتی، سفارش ساخت وارد مراحل جدیدتری شد؛ به طوری که در کنار سفارش ساخت اموال منقول و کالاهای مصرفی، سفارش ساخت اموال غیر منقول نظیر سفارش ساخت فرودگاه، سد، بزرگراه، بیمارستان، دانشگاه و وسایل حمل و نقل جدید نظیر کشتی، هواپیما، قطار، اتومبیل رونق گرفت. امروزه در عرصه تجارت بین‌الملل، بسیاری از پروژه‌ها مانند خط انتقال نفت و گاز و کارخانه‌های بزرگ و یا توسعه سامانه‌های برق در چارچوب این قرارداد منعقد می‌گردد.^۲

بنابراین سفارش ساخت کالاها، مورد جدید و نوظهوری در روابط قراردادی مابین مردم نیست اما از نظر شکلی دچار پیچیدگی بیشتری گشته است. در فقه به سفارش ساخت، استصناع گفته

۱. سید عباس موسویان و احسان بازوکار، «احکام و آثار فقهی حقوقی عقد استصناع»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۲۱ (۱۳۹۲)، ص

۱. اکبر کمیجانی و محمد نقی نظریور، «چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا»، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، شماره ۳۰ (۱۳۸۷)، ص ۷۰

می‌شود.^۱ استصناع فاقد حقیقت شرعی است و برای شناخت مفهوم آن بایستی به عرف و لغت مراجعه کرد.

از آنجا که قرارداد استصناع در نصوص شرعی، مطرح نگردیده و برای عقد آن نیز الفاظ خاصی تعیین نشده است، فاقد مفهوم معین شرعی است و باید همانند سایر عقود و ایقاعات عرفی برای شناخت مفهوم آن، به عرف و لغت مراجعه کرد. در اصطلاح حقوقی و به موجب ماده یک دستورالعمل استصناع، استصناع عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل مبلغی معین، متعهد به ساخت (تولید، تبدیل و تغییر) اموال منقول و غیرمنقول، مادی و غیرمادی با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر می‌گردد. این دستورالعمل به دستورالعمل اجرایی عقود سه گانه استصناع، مرابحه و خرید دین، مصوب ۱۳۹۰ شورای پول و اعتبار موسوم است و هدف از عقد استصناع را اعطای تسهیلات در قالب این عقد، توسط شبکه بانکی جهت کمک به شکوفایی تولید داخلی در بخش‌های صنعت و معدن، مسکن و کشاورزی و غیره می‌داند. بنابراین عقد استصناع را می‌توان همان قرارداد سفارش ساخت دانست که در ادامه به ماهیت حقوقی آن می‌پردازیم:

۲،۲ ماهیت استصناع در فقه و حقوق موضوعه

در خصوص ماهیت استصناع بین حقوق‌دانان و فقهای شیعه و سنی اختلاف نظر وجود دارد؛ در میان فقهای شیعه برخی آن را تنها بیع قلمداد می‌کنند (خامنه‌ای)، برخی دیگر آن را تنها اجاره (بهجت، حسینی شاهرودی)، برخی آن را تنها صلح (صافی گلپایگانی)، برخی آن را بیع سلف (مکارم شیرازی)، برخی آن را ترکیبی از عقود معین (گرامی، علوی گرگانی، منتظری، نوری همدانی) و برخی آن را عقد مستقل (جوادی آملی، روحانی، صانعی، فاضل لنکرانی، موسوی

۲. استصناع در لغت از ریشه صنع به معنای طلب (درخواست) ساختن به کار می‌رود. یکی از معانی باب استفعال، طلب چیزی کردن است و در سفارش نیز فرد طلب ساخت کالا میکند.

۳. محمد علی خادمی کوشا، «استصناع در توجیهی جدید»، مجله فقه، شماره ۲(۱۳۹۲)، ص ۳۰.

اردبیلی) می‌دانند.^۱ در فقه اهل سنت و در میان مذاهب چهارگانه نیز اتفاق نظر وجود ندارد. عالمان مذهب حنفی معتقدند استصناع در قالب عقد بیع می‌گنجد و عقدی مستقل از عقد سلم، نقد و نسبه است. عالمان مذهب مالکی و شافعی و حنبلی نیز استصناع را تنها در صورتی که در قالب سلم قرار گیرد، می‌پذیرند. پس نزد عالمان مذاهب اربعه، اگر عقد استصناع در قالب عقد سلم بگنجد صحیح است و در غیر این صورت جایز نمی‌دانند. پس نتیجتاً عالمان مذاهب اهل سنت در دو قالب زیر، عقد استصناع را تصحیح نمودند: الف) در قالب عقد سلم با حفظ همه شرایط آن و ب) در قالب بیعی مستقل با شرایط و ویژگی‌های خاص به خود. اهمیت این بحث از آنجایی است که عقد استصناع ذیل هر عقدی تعریف شود، آثار آن عقد بر آن بار می‌شود. لذا با تحلیل اقتصادی عقد استصناع به این نتیجه خواهیم رسید که برای عقد استصناع بایستی قواعد تکمیلی مناسب توسط نظام حقوقی در نظر گرفته شود، زیرا این تشتت نظرات و عدم اتخاذ یک شیوه منجر به ایجاد هزینه در معاملات می‌گردد.

۳.۲ تحلیل اقتصادی عقد استصناع فارغ از نظام بانکداری

مباحث فوق، نشانگر این است که عقد استصناع از عقود معین حاضر در قانون مدنی به شمار نمی‌رود؛ زیرا عقود معین دارای احکام و آثار منحصر به فرد خود هستند و نامی از عقد استصناع در قانون مدنی وجود ندارد؛ لذا این عقد در نظام حقوقی ایران در مقایسه با عقود معین ناشناخته است. به همین منظور برای استفاده از عقد مزبور در نظام حقوقی ایران می‌بایست ابتدا قواعد تکمیلی، آثار و احکام آن مشخص گردد و سپس در نظام حقوقی ایران مورد بحث واقع گردد. فارغ از این که این عقد در نظام بانکی چه کاربرد و استفاده‌ای دارد، ابتدا بایستی جایگاه خود را در نظام حقوقی پیدا کند. در سال‌های اخیر که قرارداد‌های حوزه ساخت و به تعبیر عام‌تر حقوق ساخت و ساز^۳ و پیمانکاری روند روبه‌رشدی را در پی داشته، این عقد به تدریج در نظام حقوقی

۱. اکبر کمیجانی و محمد نقی نظریور، پیشین، ص ۹۱

۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک به: نظریور، محمدنقی و محمدی، مرتضی، «صحت یا فساد عقد استصناع دیدگاه فقهای امامیه،

مذاهب اربعه و حقوق ایران»، نشریه حقوق اسلامی، شماره ۲۸ (۱۳۹۰)، صص ۳۷-۷۱

³ Construction Law

ایران جایگاه پیدا کرده است. به طوری که ماده ۱ دستورالعمل استصناع مصوب ۱۳۹۰ در تعریف استصناع بیان می‌دارد: «استصناع عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل مبلغی معین، متعهد به ساخت (تولید، تبدیل و تغییر) اموال منقول و غیر منقول، مادی و غیر مادی با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر می‌گردد.» در تعریف اخیر ساخت را اعم از اموال منقول و غیر منقول دانسته است. ساخت اموال منقول در گذشته در مقایسه با اموال غیر منقول رواج بیشتری داشته است؛ اما امروزه قراردادهایی نظیر، «طراحی، تامین کالا، ساخت»^۱ یا «ساخت، بهره برداری، انتقال»^۲ مرتبط با اموال غیر منقول و در پروژه های بزرگی مانند فرودگاه و سد و راه آهن و غیره به کار می‌رود. این موارد نشان از این است که عقد استصناعی که در گذشته مورد استفاده مردم واقع می‌شده با عقد استصناعی که امروزه از آن سخن به میان می‌آید، مشترک لفظی است و سازوکار و احکام و آثار آن متفاوت است. در گذشته فرد سفارش ساخت یک مال منقول را به فرد متخصص مانند نجار، خیاط، آهنگر داده و پس از ساخت و سیله مورد نظر، ثمن را به او پرداخت کرده و کالا را تحویل می‌گرفت اما امروزه ساخت پروژه ها به این سادگی نیست و مباحث متعددی از جمله تامین کالا و تجهیزات، مشاوره، طراحی، نظارت، پرداخت ثمن، تحویل پروژه، تامین مالی، حل و فصل اختلافات وجود دارد و برای هر کدام ساعت ها مذاکره صورت می‌پذیرد و قراردادهای متعدد و پیچیده منعقد می‌گردد. لذا می‌بایست احکام و آثار آن مورد تقنین واقع شود و سپس در نظام حقوقی جایگاه خود را بازیابد. از نظر تحلیل اقتصادی قراردادها باید توجه کرد که به دلیل ماهیت خاص برخی از کالاها و مصنوعات و منحصر به فرد بودن آنها، برای سازندگان تولید و فروش به صرفه نیست که ریسک تولید را بپذیرند؛ بنابراین طی قرارداد سفارش ساخت، خریدار را نیز از اول در ریسک تولید شریک می‌کنند. بنابراین از نظر تحلیل اقتصادی حقوق و تخصیص ریسک بین خریدار و فروشنده عقد استصناع برآمده از شرایط خاص اقتصادی است.

¹ EPC= Engineering, Purchase, Construction

² BOT= Build, Operation, Transfer

اهمیت قانون گذاری در خصوص عقد استصناع از آنجایی است که مانند بیع، آثار آن مشخص گردد؛ برای مثال تعهد طرفین چیست؛ کالا چه زمانی به مستصنع منتقل می گردد؛ در صورت تلف مبیع قبل و پس از ساخت از کیسه چه کسی می رود؛ عقد جایز است یا لازم؛ اگر با وسایل تهیه شده توسط شخص ثالث ساخته شد، احکام آن چگونه است؛ لذا عقد استصناع از دکتترین حقوقی می بایست به سمت قانون گذاری برود و از متن مقاله ها وارد متن قانون شود. به جهت اینکه موضوع مقاله فوق تحلیل اقتصادی عقد استصناع (اعم از بانکی و غیربانکی) است، متن پیشنهادی آثار و احکام عقد استصناع به صورت امروزی و با توجه به پیچیدگی ساخت به مقاله دیگری موکول می گردد.

۳. تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی و نقد دستور العمل شورای پول و اعتبار

همان طور که در مباحث فوق اشاره شد برای تحلیل اقتصادی پدیده های حقوقی از جمله قراردادهای تسهیلات بانکی معیارهای متعددی وجود دارد که هر کدام از این معیارها می تواند مشخص کند که وجود عقد استصناع در نظام بانکداری چه میزان در کارایی اقتصادی تاثیر دارد. در این گفتار ابتدا عقد استصناع بانکی را از دریچه اقتصادی بررسی خواهیم نمود (تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی) و سپس به نقد دستور العمل استصناع بانکی و اشکالاتی که ایجاد خواهد کرد می پردازیم:

۱,۳ تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی

در این بخش به معیارهای مختلف حقوق و اقتصاد مانند کاهش هزینه های معاملاتی، هزینه-فایده، کارایی اقتصادی و تقارن اطلاعاتی و تطبیق آن با عقد استصناع در نظام بانکی خواهیم پرداخت:

۱,۱,۳ مغایرت عقد استصناع با کاهش هزینه معاملاتی

پیش از بررسی مغایرت عقد استصناع با کاهش هزینه معاملاتی، لازم است مفهوم هزینه معاملاتی^۱ تبیین گردد. نظریه کاهش هزینه مبادلاتی را رونالد کوز در مقاله «ماهیت شرکت»^۲ مطرح کرده است. از دیدگاه کوز، انجام یک معامله در فضای عرضه و تقاضا مستلزم تحمیل هزینه های مختلفی بر طرفین قرارداد است. مطابق نظریه مذکور، انجام مبادله توسط افراد بر اساس مکانیزم قیمت ها یعنی تعیین قیمت از طریق تعامل عرضه و تقاضا دارای هزینه است و هر بار که شخصی به منظور خرید یا فروش کالای مدنظر خود سعی می نماید مبادله ای را انجام دهد باید هزینه هایی مانند پیدا کردن اشخاص متقاضی، انتخاب شخص مناسب از میان متقاضیان، هزینه مذاکره و انعقاد قرارداد، هزینه مکتوب یا رسمی کردن قرارداد، هزینه اجرای مبادله و نیز هزینه هایی را به منظور جابه جایی و انتقال موضوع مبادله متحمل گردد. از این حیث، با امان نظر به این واقعیت که گاهی اطلاعات در خصوص هزینه ها کامل نیست و همواره نمی توان تصمیمات را بر پایه اطلاعات هزینه ای متقنی برپا نمود یا تمامی احتمالات متناظر با آن را دقیقاً ملاحظه و محاسبه کرد، مراد از هزینه مبادلاتی طیف وسیعی از مفهوم مزبور است که هرگونه هزینه در جریان معامله و ایفای تعهدات، اعم از هزینه مذاکره، چانه زنی درباره شروط قراردادی، کسب اطلاعات و مبادله موضوع توافق، هزینه اجرای تعهدات و حتی هزینه هایی که در جهت رفع موانع حقوقی و قانونی محتمل است شامل می گردد. مجموع این هزینه ها، حداکثر سازی منفعت را دنبال می نماید. همچنین نظریه کاهش هزینه معاملاتی، علت اصلی تشکیل شرکت را تجمیع مبادلات و واسطه ای و حذف یا پایین آوردن حداکثری هزینه انجام مبادلات در قالب ایجاد نظام کارآمد سازمانی می داند. بانک نیز به واسطه اینکه ماهیتا شرکت محسوب شده و فعالیت سازمانی منسجم و تحت مدیریت شخص یا گروه اشخاص را انجام می دهد، از ایجاد یا افزایش بسیاری از هزینه ها در بازار پول جلوگیری می نماید. این هزینه ها شامل هزینه اطلاعات

¹ Transaction Cost

² Ronald Coase, "The nature of firms" *Economia*, v.4,(1937), pp 386-405

و فروکاستن مشکلات نقل و انتقال پول یا مخاطرات ناشی از اعمال طرفین قرارداد و ایفای تعهدات آن‌ها می‌گردد.^۱

در استصناع بانکی، بانک دو قرارداد منعقد می‌نماید؛ قرارداد اول، به قرارداد استصناع اول شهرت دارد و بانک و مشتری توافق می‌نمایند که بانک مال مورد نظر مشتری را از طریق عقد استصناع دوم که با پیمانکار منعقد می‌کند بسازد. سپس قرارداد استصناع دوم مابین بانک و سازنده منعقد می‌گردد. در واقع بانک دو قرارداد منعقد می‌کند که هر کدام از این عقود مستلزم هزینه‌هایی است؛ از جمله پیدا کردن اشخاص متقاضی، انتخاب شخص مناسب از میان متقاضیان، هزینه مذاکره و انعقاد قرارداد، هزینه مکتوب یا رسمی کردن قرارداد، هزینه اجرای مبادله و نیز هزینه‌هایی به منظور جابه‌جایی و انتقال موضوع مبادله، هزینه ارزیابی و هزینه نظارت. بنابراین چنین عقدی به جای کاهش هزینه‌های معاملاتی باعث افزایش هزینه معاملاتی شده و این افزایش مغایر با حداکثر مطلوبیت و کارایی می‌باشد.

۲,۱,۳ مغایرت عقد استصناع بانکی با کارایی اقتصادی

تحقق کارایی یک از اساسی‌ترین اهداف اقتصاد است. در تحلیل اقتصادی حقوق چنانچه وضع یک قانون یا قاعده یا انعقاد یک قرارداد یا هر حالت و وضعیت حقوقی دیگر منتج به کارایی اقتصادی گردد، در آن صورت آن قاعده یا قانون یا قرارداد از دید اقتصادی سودمند و منطبق با معیارهای اقتصادی است. در مورد کارایی تعاریف گوناگونی ارائه شده است، اما مفهوم ابتدایی کارایی عبارت است از آنکه مجموع فواید فردی حاصل از امری بیش از ضررهای ناشی از آن باشد. در علم اقتصاد و مکتب تحلیل اقتصادی حقوق، معیارهایی برای محاسبه کارایی اقتصادی

۱. محمود باقری و علی احمدی و محمد صادقی، «تحلیل پیدایش بانک در بازار تجاری ایران بر مبنای نظریه هزینه‌های معاملاتی»، نشریه علمی پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، شماره ۱۰۱ (۱۴۰۲)، ص ۴۱۷

وجود دارد. معیار به حداکثر رساندن ثروت؛ معیار کالدور- هیکس^۲ و معیار کارایی پارتویی^۳ از مهم‌ترین این معیارها هستند. نظریات دیگری در باب کارایی وجود دارد که باتوجه به اهمیت سه معیار ذکر شده، توضیح همه آن‌ها در حوصله این تحقیق نمی‌گنجد. آنچه در هر سه این نظرات مشترک است سودمند بودن قاعده حقوقی، قرارداد و یا وضعیت حقوقی ایجاد شده برای افراد درگیر آن است. به عبارت دیگر فارغ از تفاوت‌های جزئی نظریات ارائه شده هر کدام از این نظریات تاکید بر منفعت یکی از طرفین اشخاص درگیر یا متأثر از یک قاعده، قرارداد و یا وضعیت حقوقی دارد.^۴

همان طور که از معیارهای فوق برمی‌آید عقد استصناع بانکی به جهت هزینه‌هایی که به طرفین تحمیل می‌کند از کارایی لازم برخوردار نمی‌باشد. با این توضیح که اولاً اگر معیار پازنر را در نظر بگیریم- یعنی معیار حداکثرسازی ثروت- عقد استصناع منجر به افزایش ثروت جامعه نخواهد شد؛ زیرا اولاً بانک وارد بنگاه‌داری و اقتصاد واقعی شده و هزینه‌های متعددی به بانک تحمیل می‌شود؛ ثانیاً فرض کنیم تمامی هزینه‌هایی که بانک متحمل شده از مشتری اخذ گردد. این مسئله منطبق با معیار پاره تویی نیست؛ زیرا وضع بانک پس از اخذ هزینه‌ها و سود خود بهتر می‌شود اما وضع مشتری لزوماً بهتر نمی‌شود. اگر مشتری خود مستقیم سازنده را پیدا کند و به طور مستقیم قرارداد منعقد نماید، دیگری نیازی به پرداخت سود و کارمزدی به بانک نیست. درنهایت در این مورد نیازی به دخالت بانک نیست. همچنین اگر فرض کنیم که هزینه‌های نظارت نیز برعهده مشتری قرار گیرد - همان طور که در تبصره ماده ۲۵ دستورالعمل ذکر شده

۱. معیار به حداکثر رساندن ثروت: هدف نهایی حقوق افزایش ثروت اجتماعی است و معیار کارایی اقتصادی تمایل به پرداخت است.
۲. معیار کارایی کالدور - هیکس: قاعده حقوقی کارایی دارد که منجر به بهبود وضعیت عده‌ای از افراد جامعه شود، هرچند که عده‌ای در نتیجه آن متحمل ضرر شوند، اما در کل منتفعین بتوانند خسارات متضررین را جبران کنند. به عبارت دیگر سود حاصل برای یک فرد حتی اگر موجب ضرر دیگری شود، رفاه جامعه را افزایش میدهد. به گونه‌ای که منتفع‌میتواند ضرر زیان‌دیده را جبران و وضعیت او را بهتر از قبل نماید.
۳. معیار کارایی پاره تو: این معیار ناظر به حالت و وضعیتی است که طی آن منابع به گونه‌ای تخصیص یافته است که بهتر کردن وضعیت یک نفر، وضعیت دست کم یک نفر را بدتر خواهد کرد. از نظر اقتصادی تغییری بهینه پارتو محسوب میشود که در نتیجه آن تغییر، دست کم وضعیت یک نفر بهتر شود بدون اینکه شرایط دیگری بدتر از قبل شود.
۴. محمود باقری و هدایت فرخانی و اسماعیل محمدی، «تحلیل اقتصادی حقوق بانکی (مطالعه موردی تسهیلات سندیکایی)»، ص ۵۰

است- در این صورت باز براساس معیار کارایی پاره تو، عقد استصناع کارایی لازم را ندارد؛ چرا که مشتری باید هزینه های متعددی پرداخت کند. در قراردادهای استصناع عموماً خاتمه قرارداد و انجام کار با تاخیر صورت می پذیرد و این نیز موجب ضرر به بانک می شود؛ زیرا بانک در عقد استصناع اول تعهد می کند در مدت زمان مشخص پروژه را به مشتری تحویل دهد و در صورت تاخیر باید خسارت تاخیر پرداخت کند. اگر شرط خسارت تاخیر در قرارداد استصناع اول در نظر گرفته نشود، مشتری متحمل ضرر می شود و ضرر او بدون جبران می ماند. این موضوع مغایر معیار کالدور- هیکس است. پس با تمامی معیارهایی که برای کارایی بر شمرده اند عقد استصناع از کارایی اقتصادی برخوردار نمی باشد.

۳،۱،۳ عدم تقارن اطلاعاتی در عقد استصناع بانکی

عدم تقارن اطلاعاتی به معنای آن است که در یک مبادله، حداقل یکی از طرفین نسبت به طرف دیگر از دانش و اطلاعات ناکافی برخوردار باشد. عدم تقارن اطلاعاتی و آثار زیان بار آن، از مهمترین عوامل کاهش کارایی اقتصادی است. چنانچه در یک قرارداد یا عمل حقوقی یا معامله، عدم تقارن اطلاعاتی وجود داشته و طرف قرارداد دارای برتری اطلاعاتی، از تفوق اطلاعاتی خود سوء استفاده نماید و در تعارض منافع خود و طرف دیگر قرارداد، منافع خود را ترجیح دهد، در این صورت ارضای قرارداد به منافع بایسته خود نمی رسد و هدف اقتصاد که تأمین و دستیابی به منافع افراد است، خدشه دار می شود.

یک قرارداد کارا و بهینه توافقی است که با صرف کمترین هزینه مبادلاتی منجر به افزایش سطح اضافه رفاه طرفین قرارداد می شود. از آنجا که از منظر اقتصادی تشکیل هر قرارداد به مثابه یک مبادله داوطلبانه است، فرایند تشکیل تا اجرای قرارداد نیز هزینه بر است. به عبارت دقیق تر، وجود هزینه های جست و جو، چانه زنی، و اجرا در بطن انجام دادن هر مبادله داوطلبانه ای - از

۱. فتحی، سعید و بختیاری، بردیا و مودنی، حمیدرضا، «تاثیر عدم تقارن اطلاعاتی بر کیفیت بازار سهام شرکتها» (۱۳۹۴)، مجله چشم انداز مدیریت مالی، شماره ۱۲، زمستان ۱۳۹۴، ص ۴۴

جمله انعقاد قرارداد- نهفته است. یکی از اقدامات پرهزینه در فرایند هر مبادله کسب «اطلاعات» است. مقوله اطلاعات از آن جهت حائز اهمیت تلقی می‌شود که هزینه های کسب آن در همه مراحل - از جست و جو و چانه زنی گرفته تا اجرا- برطرفین یک قرارداد تحمیل می‌شود. در حقیقت، به دلیل ناقص بودن اطلاعات طرفین در خصوص یکدیگر، مورد معامله و هرآنچه مرتبط با شکل گیری و انجام دادن تعهدات ناشی از مبادله است، نوعی نااطمینانی بر فرایند یک مبادله حاکم خواهد شد. از آنجا که شکل گیری و اجرای قرارداد نیز متأثر از وجود همین نااطمینانی است، ناقص بودن اطلاعات طرفین با مرحله شکل گیری و اجرای قرارداد پیوند می‌خورد.^۱

در عقد استصناع بانکی مابین مشتری و سازنده اطلاعات برابری وجود ندارد و چون بانک با سازنده قرارداد استصناع دوم منعقد می‌کند و نهایتاً مشتری صرفاً نظارت را برعهده می‌گیرد تقارن اطلاعاتی بین سازنده و مشتری وجود ندارد و این مسئله کارایی و بهینه بودن قرارداد را با چالش مواجه می‌کند.

۴,۱,۳ هزینه فایده‌در عقد استصناع بانکی

اصل تناسب هزینه-فایده یک از مهمترین و کاربردی‌ترین اصول اقتصادی به رسمیت شناخته شده است که با ماهیت اقتصادی بودن افعال و تصمیمات انسان گره خورده است. در تعریفی ساده از این اصل می‌توان گفت چون در یک پیش‌فرض اقتصادی، تمام انسان‌ها عاقل و رفتار و تصمیم‌گیری آنها عقلایی فرض شده است، لذا انسان‌ها پیش از شروع به کاری ابتدا هزینه و فایده آن کار را می‌سنجند و تنها در صورتی اقدام به انجام آن می‌کنند که فواید آن کار بیش از هزینه های آن باشد. لذا کاری که هزینه های آن بیش از منفعتش باشد، غیر اقتصادی تلقی می‌شود. همچنین افراد بشر در مواجهه با گزینه های مختلف رتبه بندی می‌کنند

۱. قاسمی، مجتبی و صدیقی صفایی، صبا، «تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها با تکیه بر اقتصاد اطلاعات» (۱۴۰۰) مجله

حقوق خصوصی، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰، ص ۵۴۳

² Cost-Benefit

و بیشینه‌گر هستند؛ یعنی می‌کوشند در قبال آنچه هزینه کرده اند به بیشترین سطح مطلوبیت دست یابند.

عقد استصناع بانکی پس از هزینه-فایده‌هایی که صورت می‌پذیرد، هزینه‌های تحمیل شده به بانک از فواید آن بیشتر است؛ زیرا بانک به علت عدم تخصص برای ورود به پروژه‌ها، هزینه‌های نظارت و ارزیابی، هزینه انعقاد قرارداد و ریسک‌های ناشی از انعقاد دو قرارداد - عقد استصناع اول و عقد استصناع دوم- در مقایسه با منفعتی که حاصل می‌کند بیشتر است؛ لذا از این منظر نیز کارایی لازم را ندارد. از طرفی بانکداری بدون ربا با توجه به ویژگی‌های خاص آن به طور نسبی با ریسک عملیاتی فراوانی روبه‌رو است. از جمله عوامل مهم افزایش این ریسک در نظام بانکی بدون ربا عبارت‌اند از:

۱. عدم تخصص کافی و آموزش مناسب کارکنان بانکی در اجرای عقود اسلامی

۲. عدم وجود نرم افزارهای جامع حسابداری مطابق با قراردادهای مالی اسلامی

۳. عدم وجود یک سامانه کنترلی جامع برای نظارت بر قراردادهای مالی بر مبنای قوانین اسلامی و به طور کلی بر کارکنان و نظام بانکی

در بانکداری سنتی و رایج، سپرده‌گذاران صرف نظر از سودآوری و زیان‌بار بودن عملیات بانکی، هیچ مسئولیتی در قبال فعالیت‌های بانک ندارند و بانکدار متعهد است در هر وضعیتی اصل سپرده و بهره آن را در موعد مقرر به سپرده‌گذار پرداخت نماید. در اعطای وام نیز، وقتی بانک وام می‌دهد، رابطه مالکیت خود را از آن وام قطع کرده و به مالکیت متقاضی در می‌آورد و او متعهد می‌شود در سررسیدهای معین، اصل و بهره‌های آن را به بانک بازگرداند.

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص تحلیل ریسک‌های بانکداری ر.ک به:

Greuning, H., Bratanovic, S.B., 2000, Analyzing Banking Risk, Washington, D.C., The World Bank

نظام بانکی ربوی^۱ سعی کرده است که صنعت بانکداری را از درگیری با اقتصاد حقیقی دور کند، به طوری که در اکثر کشورها، بانک‌ها از سرمایه‌گذاری مستقیم در فعالیتهای اقتصادی، خرید سهام شرکت‌ها، حتی خرید اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام منع شده‌اند. این درحالی است که با حذف سیستم بهره و بانکداری مبتنی بر آن، ماهیت بانکداری متحول می‌شود و بانک تنها دیگر به عنوان یک موسسه گردش وجوه نبوده و سپرده‌گذاران، بانک‌ها و بنگاه‌های اقتصادی دیگر به صورت عناصری مجزا از هم نمی‌باشند. سود و زیان بانکها و بنگاه‌های سود و زیان سپرده‌گذاران بستگی به عملکرد و فعالیت بنگاه‌ها دارد. پس در ساختار غیرربوی علاوه بر آنکه بانک‌ها و مردم به یکدیگر متعهد بوده و مسئولیت دارند، بانکها در چرخه اقتصادی نیز فعالیت داشته تا بتوانند پاسخگوی سپرده‌گذاران باشند. همین مسئله بانک را وارد فضای اقتصاد واقعی کرده و از کارکرد اصلی خود دور می‌کند. پس تفاوت اصلی بین بانکداری ربوی و غیر ربوی عمدتاً در مسئله تجهیز منابع و اعطای تسهیلات می‌باشد که روش‌های تجهیز منابع در بانکداری بدون ربا عموماً عبارت از سپرده‌های قرض الحسنه جاری، سپرده قرض الحسنه پس‌انداز و سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار می‌باشد. به همین جهت عقد استصناع برای فرار از ربا و شبه ربوی بودن بهره بانکی وارد نظام بانکداری بدون ربا شد. لذا با فرض برطرف شدن مسئله ربا در بانکداری همچنان مشکلات عدیده‌ای به نظام بانکی بار می‌شود که در ادامه به آن‌ها خواهیم پرداخت.

۲,۳ نقد دستور العمل استصناع بانکی شورای پول و اعتبار

پس از تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی و در نتیجه عدم کارایی این عقد در نظام بانکی می‌بایست به نقد موادی از دستور العمل استصناع شورای پول و اعتبار مصوب ۱۳۹۰ پرداخت. برخی از مواد این دستور العمل با کارکردهای اصلی بانک نیز در تعارض است و هزینه‌های زیادی به

۱. در خصوص بهره و ربا دو نظریه وجود دارد؛ عده‌ای از متخصصین بهره و ربا را ماهیتاً دو مفهوم متفاوت میدانند و عده‌ای دیگر آن را یکسان می‌پندارند. در خصوص نظر اول ر.ک به: غنی‌نژاد، موسی، «تفاوت ربا و بهره بانکی» (۱۳۷۶)، مجله نقد و نظر، شماره ۱۲ و در خصوص نظر دوم ر.ک به: رجایی، محمدکاظم، «ماهیت بهره و ربا، دیدگاه مقایسه‌ای» (۱۳۸۴)، مجله اندیشه حوزه، شماره ۵۳

بانک تحمیل می‌کند. هزینه های نظارت، هزینه های ارزیابی، هزینه های انعقاد دو عقد به جای یک عقد، عدم تفکیک اقتصاد مالی از اقتصاد واقعی همه از مواردی است که بانکداری را با مشکل مواجه می‌کند که در ادامه بررسی خواهد شد:

۱,۲,۳ هزینه های نظارت

ماده ۲۵ دستورالعمل شورای پول و اعتبار اشعار می‌دارد: «بانکها موظف اند به منظور اطمینان از حسن اجرای عقد استصناع دوم در طول مدت قرارداد، نظارت لازم و کافی را به عمل آورند» نظارت بر استصناع هزینه زا است. بدین صورت که فرض کنیم وزارت راه و شهرسازی به پیمانکاری سفارش ساخت جاده مابین دو شهر را از طریق بانک به عمل آورده است. در این صورت بانک می‌بایست به صورت مرتب پروژه را بررسی کند و بر روند اجرای آن نظارت متعدد داشته باشد و هزینه بازرسی و هزینه حمل و نقل و در صورت تخطی پیمانکار از قرارداد خسارات و هزینه به بانک تحمیل می‌شود. اگر خود بانک مستقیماً نظارت کند هزینه های فوق به او بار می‌شود و اگر وکالت آن را به مشتری بدهد، ممکن است رابطه بانک با سازنده در عقد استصناع دوم قطع شود که برخلاف مقتضای عقد می‌باشد.^۱

دستور العمل اجرایی که احتمالاً واقف به این ایراد بوده، در تبصره ماده ۲۵ مشتری را وکیل و نماینده خود در عقد استصناع دوم قرار داده و بیان داشته است: «بانکها می‌توانند به منظور نظارت بر حسن اجرای عقد استصناع دوم، مشتری را به عنوان ناظر و نماینده خود منصوب نمایند.» اما این تبصره مشکل صدر ماده ۲۵ را حل نمی‌کند؛ زیرا در صورتی که مشتری تمامی نظارت ها را نیز انجام دهد اما پیمانکار از انجام قرارداد یا حسن انجام قرارداد تخطی کند بر مشتری مسئولیتی بار نیست و مشتری ضامن عدم اجرا نخواهد بود. به عبارت دیگر بانک ها برای رهایی از مسئولیت های انعقاد و اجرای قرارداد استصناع، تسهیلات گیرندگان را نماینده خود برای انجام تمامی فرایندهای قراردادی قرار دهند و بدین ترتیب مسئولیت های ناشی از این قرارداد را به تسهیلات گیرندگان واگذار نمایند. این موضوع اگر به نحوی باشد که ارتباط حقوقی

۱. سلطانی، محمد. «حقوق بانکی»، (۱۳۹۰)، تهران: انتشارات میزان، ص ۱۲۵

بانک و سازنده را عرفاً قطع کند، خلاف مقتضای ذات استصناع خواهد بود. در این راستا ماده ۲۵ دستور العمل استصناع اشاره کرده است بانک ها می توانند مشتری تسهیلات گیرنده را به عنوان ناظر قرارداد خود با سازنده تعیین نمایند. همچنین ماده ۵ قرارداد یکنواخت استصناع، تسهیلات گیرنده را وکیل بانک در اجرای قرارداد استصناع دوم دانسته است.

۲,۲,۳ هزینه انعقاد دو قرارداد به جای یک قرارداد

ایراد هزینه های انعقاد دو قرارداد را با ذکر مثالی روشن نماییم: فرض کنیم دانشگاهی برای احداث خوابگاه دانشجویی به بانک مراجعه می کند و بانک در صورت داشتن منابع لازم در قالب دو قرارداد به تامین مالی این طرح می پردازد. قرارداد اول با مشتری است که عموماً به صورت فرم یکنواختی که بانک مرکزی در سال ۱۳۹۴ برای عقد استصناع منتشر کرده به امضای مشتری می رسد. هزینه های این قرارداد شامل هزینه مکتوب یا رسمی کردن قرارداد، هزینه اجرای مبادله و نیز هزینه هایی به منظور جا به جایی و انتقال موضوع مبادله می باشد. سپس بانک قرارداد دوم که به قرارداد استصناع دوم شهرت دارد، با سازنده منعقد می نماید. هزینه قرارداد استصناع دوم از قرارداد استصناع اول بیشتر است؛ زیرا بانک باید متناسب با هر پروژه سازنده مناسب آن را پیدا کند که این خود مستلزم هزینه است. پس از آن مذاکراتی که بین بانک و سازنده انجام می پذیرد، مستلزم هزینه است و نهایتاً اگر عقد منعقد شود هزینه مکتوب یا رسمی کردن قرارداد، هزینه اجرای مبادله و نیز هزینه هایی به منظور جا به جایی و انتقال موضوع مبادله به آن اضافه می گردد. پس اگر مستصنع (مشتری) خود به دنبال سازنده برود چنین هزینه سنگینی به بانک تحمیل نمی شود. بنابراین انعقاد دو عقد در دو زمان هزینه های بیشتری از انعقاد یک عقد خواهد داشت و این به معنای عدم کارایی اقتصادی است. چرا که اساساً بانک را وارد بنگاهداری می کند. به همین جهت دانشگاه برای احداث خوابگاه خود به طور مستقیم به دنبال سازنده رفته و هزینه های ناشی از یک قرارداد به طرفین تحمیل می گردد و در نهایت پس

۱. برای مراجعه به فرم یکنواخت قراردادهای استصناع و سایر قراردادهای بانکی <https://cbi.ir/showitem/14322.aspx> مراجعه کنید به:

از خانمه قرارداد درآمدی که از خوابگاه مزبور کسب می کند هزینه قرارداد را جبران می کند؛ اما جبران هزینه دو قرارداد طولانی تر و دشوارتر است.

۳,۲,۳ هزینه ارزیابی

ماده ۱۷ دستور العمل استصناع بیان می دارد: «بانکها مکلف اند قبل از انعقاد عقد استصناع دوم، اموال موردنظر را از لحاظ توجیه فنی، مالی و اقتصادی (درحد نیاز بانک) بررسی و ارزیابی نمایند.»^۱ باتوجه به اینکه هر قرارداد استصناع مستلزم بررسی های پیشینی توسط بانک می باشد و هر کدام از این قراردادها به صورت منحصر به فرد است. ارزیابی هر کدام از قراردادهای استصناع مستلزم هزینه است. یافتن سازنده مناسب که با دقت و در زمان مشخص پروژه را تکمیل کند و تحویل بانک دهد زمان مضاعفی بانک را درگیر می کند. همچنین بانک می بایست باید وارد فضای فنی پروژه شود و هر پروژه اقتضای خود را دارد و بانک در همه پروژه ها تخصص لازم را ندارد. برای مثال پروژه ساخت خوابگاه برای دانشگاه، با پروژه ساخت جاده برای وزارت راه و شهرسازی، و با پروژه ساخت مکان های تفریحی برای وزارت گردشگری متفاوت است. این تفاوت ها از نظر زمانی و نیز از نظر فنی و مالی است و هر کدام اقتضای خود را دارد. همچنین برای ارزیابی دقیق تر بانک می بایست افرادی را استخدام کند و آن ها ارزیابی کرده و به بانک گزارش دهند. این افراد پس از ارزیابی مستحق حق الزحمه های ارزیابی هستند که بانک می بایست به آن ها پرداخت کند. حتی اگر بانک تمامی هزینه فوق الذکر را از مشتری دریافت کند، همچنان با معیار کارایی سازگار نیست؛ چرا که مشتری باید هزینه ها را پرداخت کند و شاید هیچ گاه بانک را برای عقد استصناع انتخاب نکند. چرا که او نیز هزینه فایده کرده و هزینه های تحمیلی را بیشتر از فایده برای خود می داند.

^۱ برای مراجعه به متن دستورالعمل شورای پول و اعتبار درخصوص عقود استصناع، مباحثه و خرید دین رک به <https://www.cbi.ir/page/8425.aspx>

۴,۲,۳ مغایرت با تفکیک اقتصاد مالی^۱ و اقتصاد واقعی^۲

اقتصاد در یک تقسیم‌بندی به اقتصاد مالی و اقتصاد واقعی تقسیم می‌شود. در اقتصاد واقعی کالا و خدمات وجود دارد و کالا اعم از کالای فیزیکی و فکری است. اقتصاد واقعی شامل بنگاه‌ها، خانوارها و سایر آژانس‌های فعال در تولید کالاها و خدمات است که می‌توانند در حال حاضر مصرف شوند یا با هدف تولید بیشتر در آینده مورد استفاده قرار گیرند. فعالیت‌های اقتصادی عمدتاً به عنوان اقتصاد واقعی تصور می‌شود؛ زیرا منابع واقعی برای تولید چیزی که مردم می‌توانند بخرند و استفاده کنند به کار می‌روند. تولید غذا، گرمایش، روشنایی، کالاهای مصرفی و سرگرمی و سایر فعالیت‌ها در اقتصاد واقعی است. در مقابل اقتصاد مالی وجود دارد؛ اقتصاد مالی ناظر بر پول و اوراق بهادار است؛ در واقع بازار پول، بازار سرمایه در داخل بازارهای مالی تعریف می‌شوند. بانک‌ها به عنوان فعالان بازار مالی به دنبال واسطه‌گری بین سپرده‌گذار و تسهیلات‌گیرنده است. بانک پس از اعطای تسهیلات به وام‌گیرنده از او بهره‌دریافت می‌کند و به سپرده‌گذار سود سپرده‌اش را می‌پردازد. لذا بانک از ورود به اقتصاد واقعی پرهیز می‌کند و وارد بنگاه‌داری نمی‌شود. به موجب بند ۱ و ۲ ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی کشور بانک از خرید و فروش به منظور تجارت و معاملات غیرمنقول منع شده بود؛ چرا که این دو عملیات مصداق بارز ورود بانک به اقتصاد واقعی است. ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی اشعار می‌دارد: «عملیات زیر برای بانک‌ها ممنوع است: ۱. خرید و فروش کالا به منظور تجارت ۲. معاملات غیر منقول جز برای بانک‌هایی که هدف آنها انجام معاملات غیرمنقول است.»

در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ بندهای فوق که در قانون پولی و بانکی بود حذف گردید. عقد استصناع بانک را وارد بنگاه‌داری و دخالت در ساخت و ساز می‌کند. قرارداد استصناع بانکی، به ویژه اگر به صورت واقعی اجرا شود، به معنای ورود بانک به فعالیت اقتصادی است که با نقش واسطه‌گری پولی بانک آشکارا منافات دارد. نگرانی اصلی در اعطای تسهیلات

¹ Financial Economics

² Real Economics

به وسیله عقد استصناع آن است که بانک در پروژه موضوع ساخت مستقیماً درگیر می شود و هرگونه مسئولیت و عواقب ناشی از عدم پیشرفت پروژه برعهده بانک و در نتیجه سپرده گذاران قرار می گیرد. توجه به این نکته که اکثر پروژه های بزرگ با هزینه های و مدتی بیشتر از آنچه پیش بینی شده تحقق می یابند و نیز اختلافاتی که ممکن است درخصوص وصف و کیفیت اجرای پروژه مطرح شود، اهمیت موضوع را دو چندان می کند.

۵,۲,۳ عدم تخصص بانک در ورود به ساخت

بانک باید وارد فرایند پیچیده انعقاد و اجرای قرارداد با سازنده های مختلف برای پروژه های گوناگون شود و این در حالی است که هر پروژه خصوصیات منحصر به فرد خود را خواهد داشت. ذکر نمونه های ذیل به روشن شدن بحث کمک می نماید: یک شرکت کفش واقع در اندونزی هم سفارش ساخت یک میلیون کفش جهت تحویل در شش ماه آینده را دریافت می نماید. چون منابع شرکت مذکور برای تولید کافی نمی باشد، بدین لحاظ به بانک اسلامی اندونزی مراجعه می کند و بانک مذکور کفش های مورد سفارش را با اوصاف مندرج در قرارداد و پرداخت برحسب پیشرفت کار خریداری می نماید و سپس کالا را به مشتری (سفارش دهنده) به صورت نقدی واگذار می کند.

دولت مالزی و شرکت آر سی سی قرارداد ساخت یک انوبان ۲۰ مایلی را منعقد می نمایند. متعاقباً شرکت مذکور با بانک اسلامی مالزی قرارداد استصناع می بندد. به موجب قرارداد مذکور، مقرر می شود 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 موجد می فروشد.

شرکت کشتیرانی عربستان سعودی با گروه کشتی سازی سؤل برای سفارش ساخت تانکر صد هزار تنی وارد مذاکره می شود. شرکت کشتیرانی سعودی مشکل نقدینگی دارد. گروه کشتی سازی مذکور نیز به سرمایه در گردش برای خرید وسایل و پرداخت هزینه های بالاسری نیاز دارد. شرکت کشتیرانی عربستان سعودی با بانک اسلامی بحرین وارد مذاکره می شود 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). براساس شرایط قرارداد، شرکت کشتیرانی پرداخت بهای معامله را به هنگام تکمیل دو سوم 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 استصناع دیگری را با شرکت کشتی سازی سؤل جهت ساخت تانکر و پرداخت ثمن برحسب پیشرفت کار منعقد می‌نماید.^۱ موارد فوق که تجربه‌های سایر کشورها در روند عقد استصناع است نشانگر این است که هر پروژه پیچیدگی منحصر به فرد خود را دارد و بانک بایستی تخصص لازم را در هر مورد کسب کند و گرنه با مشکلاتی در روند پروژه مواجه می‌شود که در فوق به آن اشاره گردید.

روشن است که بانک‌ها باید در استصناع دوم تدابیر لازم به منظور پوشش خطر ناشی از عدم تحویل به موقع کالا یا عدم انطباق مشخصات کالا با ویژگی‌های مورد نظر در قرارداد را پیش‌بینی نمایند. (ماده ۲۴ دستورالعمل استصناع)؛ لیکن توجه به چنین فرایندهایی لزوماً ریسک بانک را کاهش نخواهد داد.

لازم به ذکر است که در حال حاضر و تا زمان نگارش این نوشتار، از ۲۶ بانک دولتی و خصوصی حاضر در ایران، تنها ۷ بانک، نمونه عقد استصناع را در کنار سایر عقود در سایت‌های رسمی خود قرار داده‌اند؛ با وجود گذشت ۱۲ سال از دستورالعمل شورای پول و اعتبار به نظر می‌رسد بانک‌ها نیز تمایلی به استفاده از چنین عقدی ندارند؛ چرا که باتوجه به موارد فوق هزینه‌های آن از فواید عملی آن بیشتر می‌باشد.

یکی از محققان حوزه بانکداری، در تایید وجود عقد استصناع مینویسد: «یکی از دلایل صوری شدن قراردادها عدم تامین نیاز متقاضیان وجوه در چهارچوب عقود موجود است. با به کارگیری عقد استصناع و پاسخگویی به برخی نیازهای واقعی متقاضیان می‌توان لاقلاً مانع استمرار و یا

۱. مینا جزایری، «عقد استصناع و استفاده از آن در نظام بانکی کشور»، مجله بانک و اقتصاد، شماره ۵۲ (۱۳۸۳)، ص ۳۲

محدود نمودن چنین روندی شد. «در پاسخ باید اشاره کرد که این سخن در مقام مقایسه دو عقد استصناع و عقد مشارکت بیان شده و وجود عقد استصناع را با قابلیت توجه بیشتری نسبت به عقد مشارکت می‌داند. همان طور که در فوق اشاره گردید، عقد استصناع بانکی فارغ از سایر عقود دچار مشکلات عدیده‌ای است. لذا بررسی عقود اسلامی و مقایسه آن‌ها با یکدیگر و برتری هر کدام نسبت به یکدیگر می‌بایست در جای دیگر بررسی شود.

نتیجه و پیشنهاد:

پس از بررسی تحلیل اقتصادی حقوق و اهمیت آن در نظام بانکداری، عقد استصناع و سیر تطور آن از گذشته تاکنون را بررسی کردیم و با تحلیل اقتصادی که از عقد استصناع خارج از نظام بانکداری ارائه شد، دریافتیم که این عقد مطابق هیچ کدام از عقود معین نیست و ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی تعریف می‌شود. لذا نیازمند قواعد تکمیلی است که می‌بایست ابتدا توسط قانون‌گذار و فارغ از عقد استصناع بانکی مشخص گردد؛ زیرا آثار و احکام آن برای طرفینی که عقد استصناع را منعقد می‌کنند از اهمیت بالایی برخوردار است. آثاری همچون، تلف کالای ساخته شده پس از ساخت، انتقال ریسک، لازم یا جایز بودن عقد و غیره از موارد ضروری در خصوص تقنین در حوزه عقد استصناع است. همچنین باتوجه به مسائل جوامع امروزی و پیچیدگی‌هایی که جامعه کنونی دارد، کارایی این عقد پیش از تقنین محل تردید است و می‌بایست ابتدا ادبیات قانونی حول آن به وجود آید. فارغ از اینکه عقد استصناع خارج از نظام بانکداری تعریف و تبیین گردد، عقد استصناع بانکی در نظام بانکداری محل تردید جدی است؛ چرا که بانک برای کاهش هزینه معاملاتی بین طرفین در دنیای مدرن به وجود آمده اما با تحمیل این عقد به بانک، هزینه‌های متعددی به بانک از جمله هزینه نظارت و ارزیابی و انعقاد قرارداد به وجود می‌آید. همچنین بانک در اقتصاد مالی تعریف می‌شود و یکی از فعالان بازار پول است؛ تحمیل عقد استصناع به بانک‌ها به علت عدم تخصص بانک در پروژه‌های مربوط به استصناع موجب افزایش هزینه‌ها و ناکارایی اقتصادی شده و در نهایت باعث نقض تفکیک بازار مالی از بازار واقعی می‌گردد. همچنین باتوجه

۱. محمد تقی نظربور، «کاربرد عقد استصناع در تخصیص منابع در عملیات بانکی»، پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۹۰، ص ۲۲

به عدم تمایل بانک‌ها در استفاده از این عقود و با عنایت به موارد فوق حذف عقد استصناع بانکی از نظام بانکداری - به خصوص بانکداری اسلامی - ضروری به نظر می‌رسد. جدا از اینکه در عمل استفاده از عقد استصناع در نیل به اهداف هنجاری مورد نظر قانون‌گذار در ایران موفق بوده است، تجویز این بستر و چهارچوب حقوقی برای بازار پول ایران بدون در نظر گرفتن هزینه‌های معاملاتی آن که در نهایت در قیمت تمام شده پول در بازار پول ایران منعکس می‌شود، انجام شده است. لذا در یک انتخاب هنجاری آنچه اهمیت دارد، خودآگاهی قانون‌گذار و عموم‌نسب به هزینه‌های معاملاتی استفاده از عقد استصناع در بازار پول است که می‌بایست از ورود آن به نظام بانکی اجتناب نمود.

منابع

الف) کتب فارسی

۱. باقری، محمود و رحمانی، حامد. (۱۴۰۱). مبانی نظری حقوق مبارزه با پولشویی (ابعاد ملی و بین‌المللی). تهران: انتشارات پژوهشکده حقوقی شهردانش.
۲. بادینی، حسن. (۱۳۹۴). فلسفه مسئولیت مدنی. تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۳. سلطانی، محمد. (۱۳۹۰). حقوق بانکی، تهران: انتشارات میزان.

ب) مقالات فارسی

۳. آقای طوق، مسلم. (۱۳۹۲). تحلیل تحلیل اقتصادی حقوق. مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۲، ص ۱-۱۷.

۴. الهام، صادق و عباسی، یونس (۱۳۹۹). قرارداد استصناع بانکی در ترازوی تحلیل و نقد فقهی، فصلنامه علمی اقتصاد اسلامی، دوره ۲۰، شماره ۷۹، ص ۸۷-۱۱۲
۵. بادینی، حسن (۱۳۸۲). مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۲، ص ۹۱-۱۳۵
۶. باقری، محمود و فرخانی، هدایت و محمدی، اسماعیل (۱۳۸۲) تحلیل اقتصادی حقوق بانکی (مطالعه موردی تسهیلات سندیکایی)، مجله دانش حقوق مالیه، شماره ۹، ص ۴۱-۵۵
۷. باقری، محمود و احمدی، علی و صادقی، محمد (۱۴۰۱). تحلیل پیدایش بانک در بازار تجاری ایران بر مبنای نظریه هزینه های معاملاتی. نشریه علمی (فصلنامه) پژوهش ها و سیاست های اقتصادی، سال سی ام، شماره ۱۰۱، ص ۳۹۳-۴۱۹
۸. تقی زاده، ابراهیم. (۱۳۹۶). استصناع و کاربرد آن در نظام بانکی با تاکید بر دستور العمل های ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار. دوفصلنامه علمی- پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال ۶، شماره اول، ص ۱۱-۱۸
۹. جزایری، مینا (۱۳۸۳). عقد استصناع و استفاده از آن در نظام بانکی. مجله بانک و اقتصاد، شماره ۵۲، ص ۲۹-۳۳
۱۰. خادمی کوشا، محمد علی (۱۳۹۲). استصناع در توجیهی جدید، مجله فقه، سال ۲۰، شماره ۲، ص ۲۹-۴۷
۱۱. سیفی زیناب، غلامعلی و حسن زاده، منصوره (۱۳۸۸). استصناع در فقه و حقوق ایران، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۵۰، ص ۱۶۱-۲۱۷
۱۲. قاسمی، مجتبی و صدیقی صفایی، صبا (۱۴۰۰). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها با تکیه بر اقتصاد اطلاعات. مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۸، شماره ۲، ص ۵۴۱-۵۶۰

۱۳. کاویانی، کوروش (۱۳۸۶). درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق، پژوهش حقوق و سیاست، سال ۹، شماره ۲۳، ص ۶۲-۱۰۲

۱۴. کمیجانی، اکبر و نظریور، محمد نقی (۱۳۸۷) چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال ۸، شماره ۳۰، ص ۶۹-۹۷

۱۵. مو سویان، سید عباس و بازوکار، احسان (۱۳۹۲). احکام و آثار فقهی حقوقی عقد استصناع، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۲۱، سال ششم، ص ۵-۳۲

۱۶. نظریور، محمد نقی (۱۳۹۰). کاربرد عقد استصناع در تخصیص منابع در عملیات بانکی، پژوهشکده پولی و بانکی، ص ۲-۴۳

۱۷. نظریور، محمدنقی و محمدی، مرتضی (۱۳۹۰). صحت یا فساد عقد استصناع دیدگاه فقهای امامیه، مذاهب اربعه و حقوق ایران، نشریه حقوق اسلامی، ص ۳۷-۷۱

ج) مقالات خارجی

17. Zuhair Al-feel, Nada (2019): MANUFACTURE CONTRACT (ISTISNA' A), CONCEPT, IMPORTANCE & RISKS. *Humanities & Social Sciences Review*, 7(5), 1039-1052.

18. Tamkin Borhan, Joni (2002): Istisna in Islamic Banking: Concept and Application. *Jurnal Syariah*, 10(2). 99-108

19. Mordi, Charles N. O (2010): The link between the Financial (Banking) Sector and the Real Economy; Central Bank of Nigeria, *Economic and Financial Review*, 48(4), 7-30

20. Coase Ronald (1937): The nature of firms. *Economia*, 4(16), 386-405

Economic Analysis of the Transaction Costs of Istisna and Critique the Banking Istisna Instruction of the Money and Credit Council

Abstract

In today's world, banks operate in the financial sector and their main function is to attract deposits from the public (customers) and provide loans to applicants (borrowers). Banks reduce transaction costs and act as intermediaries in money market transactions. If a bank enters the real economy sector, it essentially becomes involved in entrepreneurship, which conflicts with its primary function. Some Islamic contracts pose a risk to banks entering into entrepreneurship. One of these contracts is the Istisna contract. The Istisna contract has existed among people in traditional societies since the past, and general and Shia jurists have expressed different views on its validity and nature, and this issue has not been a point of agreement between them. Regardless of the nature of Istisna, supplementary rules for this contract must first be established by a specific legislator. On the other hand, a bank's Istisna contract was included in Islamic banking contracts by the directive of

the Money and Credit Council. In this paper after examining the nature and economic analysis of Istisna outside the banking system, we criticize the Istisna directive of the Money and Credit Council and analyze the disadvantages of this contract in the banking system and its conflicts with the philosophy of banks' existence. In this article, using analytical and descriptive methods as well as library research, we conclude that the costs arising from Istisna contracts and similar contracts such as Murabaha lead to economic inefficiency, and due to increased transaction costs, information asymmetry, and lack of benefit cost, the banking system should avoid entering this field.

Key Words: Economic Analysis of Law, Istisna Contract.
Banking law, Efficiency, Transaction Costs, Economy.