



University of Tabriz

## Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 36

Autumn 2024

Article Type: Research Article

Pages: 83-109

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

Seyyed Ali Taghavi<sup>1</sup>| Mahmoud Bagheri<sup>2</sup>

1. Master's Student in International Commercial and Economic Law, University of Tehran, Iran  
(Corresponding Author) s.ali.taghavi@ut.ac.ir
2. Associate Professor, University of Tehran, Iran mahbagheri@ut.ac.ir

#### 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.*

**Keywords:** Economic Analysis of Law, Istisna Contract. Banking law, Efficiency, Transaction Costs, Economy.

Received: 2023/11/06

Received in revised form: 2024/07/10

Accepted: 2024/07/29

Published: 2024/11/10

DOI: 10.22034/LAW.2024.59116.3333

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir



## تحلیل اقتصادی هزینه‌های معاملاتی عقد استصناع و نقد دستورالعمل

### استصناع بانکی شورای پول و اعتبار

سیدعلی تقوی<sup>۱</sup> | محمود باقری<sup>۲</sup>

s.ali.taghavi@ut.ac.ir

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجاری اقتصادی بین‌المللی، دانشگاه تهران، ایران (نویسنده مسئول)

mahbagheri@ut.ac.ir

۲. دانشیار دانشگاه تهران، ایران

#### چکیده

بانک در دنیای مدرن و در بخش اقتصاد مالی به وجود می‌آید. مهم‌ترین کارکرد آن، جذب سپرده‌های مردم (مشتریان) و اعطای تسهیلات به متقاضیان (تسهیلات‌گیرندگان) است. بانک هزینه معاملاتی را کاهش داده، نقش واسطه‌گری در مبادلات بازار پول دارد. در صورتی که بانک وارد بخش اقتصاد واقعی شود، عملاً وارد بنگاه‌داری شده که این موضوع با کارکرد اصلی بانک در تعارض است. برخی از عقود اسلامی نیز خطر ورود بانک به بنگاه‌داری را در پی دارد. یکی از این عقود، عقد استصناع است. عقد استصناع از گذشته در بین مردم و در جوامع سنتی وجود داشته است، ولی فقه‌های عامه و شیعه در خصوص صحت و ماهیت آن مطالب مختلفی بیان نموده‌اند؛ از این دو حیث محل وفاق فقه‌ها نبوده است. فارغ از اینکه ماهیت استصناع چیست، ابتدا باید قواعد تکمیلی این عقد از سوی قانون‌گذار معین شود. از طرف دیگر، قرارداد استصناع بانکی به موجب دستورالعمل 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 دستورالعمل استصناع شورای پول و اعتبار پرداخته، با تحلیل اقتصادی این عقد در نظام بانکداری، به معایب آن و تعارضات آن با فلسفه وجودی بانک‌ها می‌پردازیم. در این مقاله با شیوه تحلیلی-توصیفی و نیز روش کتابخانه‌ای، نتیجه خواهیم گرفت که هزینه‌های به وجود آمده ناشی از عقد استصناع و عقود مشابه به ناکارآمدی اقتصادی منجر شده، به علت افزایش هزینه معاملاتی، عدم تقارن اطلاعاتی و عدم هزینه-فایده، نظام بانکی باید از ورود به این عرصه بپرهیزد.

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

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۰۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۴/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۵

DOI: 10.22034/LAW.2024.59116.3333

law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

## مقدمه

اقتصاد هر کشور از دو بخش اصلی تشکیل می‌شود: بخش اقتصاد واقعی و بخش اقتصاد مالی. بخش اقتصاد واقعی شامل بخش‌های صنعت، بازرگانی، کشاورزی و خدمات است. به عبارت ساده‌تر، کلیه کارخانجات صنعتی، تجارت کشور، محصولات کشاورزی و نیز تمامی خدمات از قبیل حمل‌ونقل، آموزش، خدمات اینترنت و مشابه آنها زیرمجموعه بخش واقعی اقتصاد هستند. اما بخش مالی یک اقتصاد شامل بازار پول (یعنی بانک‌ها، مؤسسات اعتباری) و بازار سرمایه (بورس اوراق بهادار، شرکت‌های سرمایه‌گذاری، شرکت‌های بیمه، صندوق‌های بازنشستگی) است. وظیفه بخش مالی اقتصاد، «تأمین 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 سرمایه در گردش واحدهای تولیدی و اقتصادی موجود را تأمین نماید.

بانک‌ها به‌عنوان اصلی‌ترین بخش توسعه سازمان اقتصاد کشور، بنابه موقعیت مهم خود، در سیستم مالی مورد پذیرش قرار گرفته‌اند. همچنین بانک‌ها نوعی مؤسسه مالی محسوب می‌شوند که نیازمند قوانین حمایتی ویژه‌ای به‌وسیله 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 واسطه‌ای خود- یعنی جذب و تخصیص منابع- را صحیح‌تر انجام دهند، سرمایه‌ها در جهت اصولی‌تری حرکت کرده، ثروت عمومی نیز افزایش می‌یابد؛ چراکه در راستای وظیفه واسطه‌گری بانک‌ها، سیستم بانکی با خطرهایی از منظر بازپرداخت به‌موقع تسهیلات پرداختی مواجه است که باید با تدابیر مناسب ساماندهی شود.<sup>۱</sup> همچنین 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 به‌عنوان یکی از تضمین‌های اجرای صحیح قواعد

۱. محمود باقری و غزاله صحرانورد، «راهکارهای امهال تسهیلات معوق بانکی؛ بررسی دستورالعمل نحوه امهال مطالبات مؤسسات اعتباری»، حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۳ (۱۴۰۰)، ص ۱.

و اصول بانکداری از اهمیتی خاص برخوردار می‌شود. 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 بانک‌ها در حیات اقتصادی جوامع ایفا می‌کنند و همچنین با پیچیده شدن روزافزون جوامع و گسترش مفاهیم مرتبط با بانکداری، توجه به مفاهیم بانکداری بیش از پیش احساس شد. همچنین باید تحلیل دقیقی از عملکرد نظام حقوقی بانکداری بدون ربا در مواجهه با نظام بانکداری رایج به‌وجود آید. با مطالعه تاریخچه پیدایش بانک در ایران<sup>۲</sup> به این نکته پی می‌بریم که باتوجه به هزینه‌هایی که پیش از پیدایش بانک در ایران به مردم (اعم از وام‌گیرنده و وام‌دهنده) تحمیل می‌شد، بسیاری از تجار با درک این موضوع، به دنبال ایجاد یک ساختار مانند بانک در بازار پول بودند تا هزینه‌های مضاعف تحمیلی به تجار کاهش یابد. هزینه‌های یادشده شامل نداشتن اطلاعات موثق درباره تعداد قرض‌دهندگان و بالا رفتن نرخ بهره و شیوع استقراض با بهره‌های سنگین بود.

در سال‌های اخیر، مطالعات میان‌رشته‌ای پیرامون حقوق و اقتصاد در نظام حقوقی انگلستان و امریکا انجام شد که این مطالعات رفته‌رفته به نظام‌های حقوق نوشته نیز نفوذ کرد و مسائل حقوقی از دریچه مباحث علم اقتصاد بررسی شد. عقد استصناع نیز به عنوان یکی از عقود که از گذشته تا امروز کاربردهای متعددی داشته است، از این قاعده خارج نیست. پس از اینکه عقد استصناع در قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ نام برده شد، شورای پول و اعتبار در سال ۱۳۹۰ دستورالعمل اجرایی آن را ابلاغ کرد و سپس بانک مرکزی نمونه قرارداد یکنواخت آن را منتشر ساخت. در این نوشتار به این سؤال پاسخ خواهیم داد که اولاً در نظام حقوقی ایران عقد استصناع چه جایگاهی دارد و ثانیاً آیا عقد استصناع در نظام بانکی و خارج از نظام بانکی دارای کارایی اقتصادی است؟ لذا این مسئله را در کفه ترازو قرار خواهیم داد که آیا عقد استصناع بانکی به کاهش هزینه‌های معاملاتی - که از ثمرات پیدایش بانک است - منجر می‌شود یا خیر.

در این مقاله به شیوه توصیفی - تحلیلی و روش کتابخانه‌ای در پی پاسخ به پرسش‌های

۲. برای مطالعه بیشتر، رک. محمود باقری و همکاران، «تحلیل پیدایش بانک در بازار تجاری ایران بر مبنای نظریه هزینه‌های معاملاتی»، پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، ش ۱۰۱ (۱۴۰۲)، ص ۳۹۳-۴۱۹.

پیش‌گفته هستیم. لذا دستورالعمل شورای پول و اعتبار درخصوص عقد استصناع بانکی نیز در بوته نقد و تحلیل قرار خواهد گرفت.

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

### پیشینه تحقیق

با توجه به اینکه مقاله پیش رو ناظر به نظام حقوقی ایران است، لازم است درخصوص پیشینه تحقیق حاضر به پژوهش‌های زیر اشاره شود:

اکبر کمبجانی و محمدنقی نظریور (۱۳۸۷) در مقاله «چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا» به اثبات این فرضیه می‌پردازند که بانک‌ها می‌توانند برخی از خلأهای موجود در تخصیص منابع را با به‌کارگیری عقد استصناع به‌گونه‌ای مناسب‌تر پُر کنند. مؤلفان این مقاله مقدمه‌های نظری و اجرایی استفاده از این عقد در بانکداری اسلامی ایران را فراهم می‌دانند. با توجه به اینکه این مقاله قبل از دستورالعمل شورای پول و اعتبار نگارش یافته، به تحلیل آن پس از تصویب پرداخته نشده است.

سید عباس موسویان و احسان 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 از حیث حقوقی و فقهی مورد مطالعه قرار گرفته است.

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

ابراهیم تقی‌زاده (۱۳۹۶) در مقاله «استصناع و کاربرد آن در نظام بانکی با تأکید بر

دستورالعمل‌های ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار» به ماهیت عقد استصناع و مبنای صحت این عقد پرداخته 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 آنها را نیز از نظر اسلام مورد تأیید قرار داده است.

صادق الهام و یونس 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 آورده‌اند.

از پژوهش‌های صورت گرفته مشخص می‌شود که اکثر نظریه‌پردازان در حوزه بانکداری، صحت عقد استصناع را پذیرفته‌اند و از حیث ماهیت، آن را دارای ماهیت مستقل و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند. آنچه که این نوشتار را از سایر مقالات در این حوزه متمایز می‌سازد، تحلیل اقتصادی این عقد در نظام بانکداری و خارج آن و تطابق با معیارهای مکتب حقوق و اقتصاد است که تاکنون بررسی و تدقیق در خصوص آن انجام 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 در این باره پرداخته خواهد شد و از تفصیل آن خودداری نموده، در مجال دیگری بحث خواهد شد. لذا ابتدا مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس به اهمیت آن در نظام بانکداری اشاره خواهد شد.

### ۱.۱. مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق

مهم‌ترین 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.<sup>۳</sup> نتیجه مطالعه رفتار انسان متعارف در خصوص خواسته‌های نامحدود و مواجهه او با منابع محدود، منجر به اصولی می‌شود که علم اقتصاد را پایه‌ریزی 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.<sup>۴</sup> پس می‌توان پدیده‌های حقوقی را نیز با نگاه اقتصادی نگریست. نگاه اقتصادی به مسائل و پدیده‌های حقوقی، تحلیل اقتصادی حقوق نام دارد.<sup>۵</sup> پیدایش این پیوند نوین از حقوق و اقتصاد، حاکی از افزایش اهمیت اقتصاد در تدوین یا تفسیر قوانین و قواعد حقوقی در قرن‌های اخیر است.<sup>۶</sup> 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 عداللزوم اصلاح آن‌ها».<sup>۷</sup> در اقتصاد، معیاری که در نگرش اقتصادی به حقوق برای پیشبرد این مقاله اهمیت دارد و در تعریف پیش گفته به آن اشاره شده، عبارت است از: «کارایی اقتصادی»؛<sup>۸</sup> 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.

۳. محمود باقری و همکاران، «تحلیل اقتصادی حقوق بانکی (مطالعه موردی تسهیلات سندیکایی)»، دانش حقوق مالیه، ش ۸ (۱۳۹۸)، ص ۴۵.

۴. حسن بادینی، «میانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق» دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۲ (۱۳۸۲)، ص ۱۰۲.

۵. محمود باقری و همکاران، پیشین، ص ۴۵.

۶. حاجی‌عزیزی، بیژن، «به کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق بر مبنای مستقلات عقلی و قاعده مصلحت»، حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۸ (۱۳۹۸)، ص ۲.

۷. کوروش کاویانی، پیشین، ص ۷۲.

## ۲.۱. اهمیت تحلیل اقتصادی حقوق بانکی

از آنجا که تمامی قوانین، نهادها، تأسیسات، اصطلاحات، مفاهیم و گزاره‌های حقوقی را می‌توان مورد تحلیل اقتصادی قرار داد، تحلیل اقتصادی حقوق بانکی نیز از این قاعده مستثنا نیست. چه‌بسا تحلیل اقتصادی حقوق بانکی، به جهت نقش مهم بانک‌ها در اقتصاد - و به‌خصوص اقتصاد مالی - از اهمیت بیشتری برخوردار باشد. منظور از تحلیل اقتصادی حقوق بانکی، نگاه اقتصادی به مسائل و پدیده‌های 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 ضمانت‌نامه‌های بانکی، پول‌شویی و غیره است. هرکدام از موارد یادشده قابلیت بررسی از دریچه اقتصادی را دارد تا کارایی اقتصادی در نظام بانکی یک کشور محقق گردد. در ایران نیز مانند سایر کشورها، کارکرد بانک به‌عنوان یک شرکت تجاری و نیز کارکرد قراردادهای تسهیلاتی بانکی نمی‌تواند بدون توجه به تحلیل اقتصادی آن سازمان و قراردادهای متداول از سوی بانک‌ها صورت پذیرد. نظام بانکی و قراردادهای آن قادر نیست به هر قیمتی اهداف هنجاری ویژه و بسترهای قراردادی خاصی را بدون توجه به هزینه معاملات که ایجاد می‌کند و هزینه پول را بالا می‌برد، پیگیری کند. لذا باید به جهت اهمیت بانک در نظام اقتصادی امروز، فعالیت‌های بانک مورد تحلیل اقتصادی قرار گیرد. از آنجا که عقد استصناع ماهیت قراردادی دارد، نگرش اقتصادی به این عقد از شاخه‌های تحلیل اقتصادی حقوق است. به همین دلیل، پس از تحلیل اقتصادی این عقود در بانکداری، باید تلاش کرد بهترین، مناسب‌ترین و کم‌هزینه‌ترین شیوه تخصیص منابع با استفاده از عقود به‌کار بسته شود.

## 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 نگاشته‌اند، به‌طور مختصر مفهوم و ماهیت عقد استصناع را واکاوی نموده، 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 می‌کردند و گاهی از افراد متخصص که مهارت در ساخت وسایل مورد نظر آنها داشتند، درخواست می‌نمودند تا برای آنها کالای مناسب را بسازند. کالاها 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.<sup>۹</sup> با پیچیده‌تر شدن جوامع و فاصله گرفتن از صدر اسلام و روم باستان و نزدیک شدن به شکل‌گیری دولت مدرن و صنعتی شدن جوامع و پیشرفت تکنولوژی، به‌خصوص پس از انقلاب صنعتی، سفارش ساخت وارد مراحل جدیدتری شد؛ به‌طوری که در کنار سفارش ساخت اموال منقول و کالاهای مصرفی، سفارش ساخت اموال غیرمنقول نظیر ساخت فرودگاه، سد، بزرگراه، بیمارستان، دانشگاه و وسایل حمل‌ونقل 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 می‌شود.<sup>۱۰</sup>

بنابراین، سفارش ساخت کالاها، مورد جدید و نوظهوری در روابط قراردادی مابین مردم نیست، اما از نظر شکلی دچار پیچیدگی بیشتری شده است. در فقه به سفارش ساخت، استصناع گفته می‌شود.<sup>۱۱</sup> استصناع فاقد حقیقت شرعیه است و برای شناخت مفهوم آن بایستی به عرف و لغت مراجعه کرد.

از آنجا که قرارداد استصناع در نصوص شرعی مطرح نشده و برای عقد آن نیز الفاظ خاصی در نظر گرفته نشده، فاقد مفهوم معین شرعی است و باید همانند سایر عقود و ایقاعات عرفی برای شناخت مفهوم آن، به عرف و لغت مراجعه کرد.<sup>۱۲</sup> در اصطلاح حقوقی و به‌موجب ماده یک

۹. سید عباس موسویان و احسان بازوکار، «احکام و آثار فقهی حقوقی عقد استصناع»، بورس اوراق بهادار، ش ۲۱ (۱۳۹۲)، ص ۷.  
۱۰. اکبر کمیجانی و محمدتقی نظریور، «چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا»، اقتصاد اسلامی، ش ۳۰ (۱۳۸۷)، ص ۷۰.

۱۱. 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.

۱۲. محمدعلی خادمی کوشا، «استصناع در توجیهی جدید»، فقه، ش ۲ (۱۳۹۲)، ص ۳۰.

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 می‌شود. این دستورالعمل به دستورالعمل اجرایی عقود سه‌گانه استصناع، مباحه و خرید دین، مصوب ۱۳۹۰ شورای پول و اعتبار موسوم است و هدف از عقد استصناع را اعطای تسهیلات در قالب این عقد از سوی شبکه بانکی برای 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 فقه‌های شیعه و سنی اختلاف نظر وجود دارد؛ در میان فقه‌های شیعه برخی آن را تنها بیع قلمداد می‌کنند (خامنه‌ای)، برخی دیگر آن را فقط اجاره (بهجت، حسینی شاهرودی)، بعضی آن را تنها صلح (صافی گلپایگانی)، گروهی بیع سلف (مکارم شیرازی)، برخی ترکیبی از عقود معین (گرامی، علوی گرگانی، منتظری، نوری همدانی) و دسته‌ای از فقها آن را عقد مستقل (جوادی آملی، روحانی، صانعی، فاضل لنکرانی، موسوی اردبیلی) می‌دانند.<sup>۱۳</sup> 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 نسیه 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 در نتیجه عالمان مذاهب اهل سنت در دو قالب زیر، عقد استصناع را تصحیح نمودند: الف) در قالب عقد سلم با حفظ همه شرایط آن، ب) در قالب بیعی مستقل با شرایط و ویژگی‌های خاص خود.<sup>۱۴</sup> اهمیت این بحث از آنجاست که عقد استصناع ذیل هر عقدی تعریف و آثار آن عقد بر آن بار می‌شود. لذا با تحلیل

۱۳. اکبر کمیجانی و محمدنقی نظریور، پیشین، ص ۹۱.

۱۴. برای مطالعه بیشتر، نک: نظریور، محمدنقی و محمدی، مرتضی، «صحت یا فساد عقد استصناع دیدگاه فقه‌های امامیه، مذاهب اربعه و حقوق ایران»، حقوق اسلامی، ش ۲۸ (۱۳۹۰)، ص ۳۷-۷۱.

اقتصادی عقد استصناع به این نتیجه خواهیم رسید که برای عقد استصناع بایستی قواعد تکمیلی مناسب از سوی نظام حقوقی در نظر گرفته شود، زیرا این تشتت نظرها و عدم اتخاذ یک شیوه، به ایجاد هزینه در معاملات منجر 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 به‌شمار 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 یادشده در نظام حقوقی ایران، ابتدا باید قواعد تکمیلی، آثار و احکام آن مشخص شود و سپس در نظام حقوقی ایران مورد بحث قرار گیرد. فارغ از اینکه این عقد در نظام بانکی چه کاربرد و استفاده‌ای دارد، نخست باید جایگاه خود را در نظام حقوقی پیدا کند. در سال‌های اخیر که قراردادهای حوزه ساخت و به تعبیر عام‌تر حقوق ساخت‌وساز<sup>۱۵</sup> و پیمانکاری روند رو به رشدی داشته، این عقد به تدریج در نظام حقوقی ایران جایگاه پیدا کرده است؛ به‌طوری که ماده ۱ دستورالعمل استصناع مصوب ۱۳۹۰ در تعریف آن 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». 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، تأمین کالا، ساخت»<sup>۱۶</sup> یا «ساخت، بهره‌برداری، انتقال»<sup>۱۷</sup> مرتبط با اموال غیر منقول و در پروژه‌های بزرگی مانند فرودگاه و سد و راه‌آهن و غیره به کار می‌رود. این موارد بیانگر آن است که عقد استصناعی که در گذشته مورد استفاده مردم قرار می‌گرفت با عقد استصناعی که امروزه از آن سخن به میان می‌آید، صرفاً اشتراک لفظ دارد 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 می‌داد و پس از

15. Construction Law

16. EPC= Engineering, Purchase, Construction

17. BOT= Build, Operation, Transfer

ساخت وسیله موردنظر، ثمن را به او پرداخت کرده، کالا را تحویل می‌گرفت؛ اما امروزه ساخت پروژه‌ها به این سادگی نیست و مباحث متعددی از جمله تأمین کالا و تجهیزات، مشاوره، طراحی، نظارت، پرداخت ثمن، تحویل پروژه، تأمین مالی، حل و فصل اختلافات وجود دارد و برای هر کدام ساعت‌ها مذاکره صورت می‌پذیرد و قراردادهای متعدد و پیچیده منعقد می‌شود. لذا باید احکام و آثار آن مورد تقنین واقع شود و سپس در نظام حقوقی جایگاه خود را باز یابد. 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. به این ترتیب، از نظر تحلیل اقتصادی حقوق و تخصیص ریسک بین خریدار و فروشنده، عقد استصناع برآمده از شرایط خاص اقتصادی است.

اهمیت قانون‌گذاری 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 می‌گردد؛ در صورت تلف مبیع قبل و پس از ساخت از کیسه چه کسی می‌رود؛ عقد جایز است یا لازم؛ اگر با وسایل تهیه شده از سوی شخص ثالث ساخته شد، احکام آن چگونه است؟ لذا عقد استصناع از دکتین حقوقی باید به سمت قانون‌گذاری برود و از متن مقاله‌ها وارد متن قانون شود. به جهت اینکه موضوع مقاله حاضر 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 می‌گردد.

### ۳. تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی و نقد دستورالعمل شورای پول و اعتبار

همان‌طور که در مباحث پیش‌گفته اشاره شد، برای تحلیل اقتصادی پدیده‌های حقوقی از جمله قراردادهای تسهیلات بانکی معیارهای متعددی وجود دارد که هر کدام از این معیارها می‌تواند مشخص کند که وجود عقد استصناع در نظام بانکداری چه میزان در کارایی اقتصادی تأثیر دارد. در این گفتار، ابتدا عقد استصناع بانکی را از دریچه اقتصادی بررسی می‌کنیم (تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی) و سپس به نقد دستورالعمل استصناع بانکی و اشکالاتی که ایجاد خواهد کرد، می‌پردازیم:

### ۱.۳. تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی

در این بخش به معیارهای مختلف حقوق و اقتصاد مانند کاهش هزینه‌های 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<sup>۱۸</sup> تبیین گردد. نظریه کاهش هزینه مبادلاتی را رونالد کوز در مقاله «ماهیت شرکت»<sup>۱۹</sup> مطرح کرده است. از دیدگاه وی، انجام یک معامله در فضای عرضه و تقاضا مستلزم تحمیل هزینه‌های مختلفی بر طرفین قرارداد است. مطابق نظریه یادشده، انجام مبادله از سوی افراد براساس مکانیزم قیمت‌ها، یعنی تعیین قیمت از طریق تعامل عرضه و تقاضا دارای هزینه است و هر بار که شخصی به‌منظور خرید یا فروش کالای مدنظر خود سعی می‌کند مبادله‌ای انجام دهد باید هزینه‌هایی 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 هزینه‌هایی را به‌منظور جابه‌جایی و انتقال موضوع مبادله متحمل گردد. از این حیث، با امان نظر به این واقعیت که گاهی اطلاعات درخصوص هزینه‌ها کامل نیست و همواره نمی‌توان تصمیمات را بر پایه اطلاعات هزینه‌ای متقنی برپا نمود یا تمامی احتمالات متناظر با آن را دقیقاً ملاحظه و محاسبه کرد، مراد از هزینه مبادلاتی، طیف وسیعی از مفهوم یادشده است. هزینه مبادلاتی‌هرگونه هزینه که در جریان معامله و ایفای تعهدات، اعم از هزینه مذاکره، چانه‌زنی درباره شروط قراردادی، کسب اطلاعات و مبادله موضوع توافق، هزینه اجرای تعهدات و حتی هزینه‌هایی را که در جهت رفع موانع حقوقی و قانونی محتمل است، شامل می‌گردد. مجموع این هزینه‌ها، حداکثرسازی منفعت را دنبال می‌کند. همچنین نظریه کاهش هزینه معاملاتی، علت اصلی تشکیل شرکت را تجمع مبادلات واسطه‌ای و حذف یا پایین آوردن حداکثری هزینه انجام مبادلات در قالب ایجاد نظام کارآمد سازمانی می‌داند. بانک نیز به‌واسطه اینکه ماهیتاً شرکت

18. Transaction Cost

19. Ronald Coase, "The Nature of Firms", *Economia*, Vol. 4, (1937), p. 386-405.

محسوب شده، فعالیت سازمانی منسجم و تحت مدیریت شخص یا گروه اشخاص را انجام می‌دهد، از ایجاد یا افزایش بسیاری از هزینه‌ها در بازار پول جلوگیری می‌نماید. این هزینه‌ها شامل هزینه اطلاعات و فروکاستن مشکلات نقل و انتقال پول یا مخاطرات ناشی از اعمال طرفین قرارداد و ایفای تعهدات آنها می‌شود.<sup>۲۰</sup>

در استصناع بانکی، بانک دو قرارداد منعقد می‌نماید؛ قرارداد اول، به قرارداد استصناع اول شهرت دارد. در عقد استصناع اول بانک و مشتری - به عنوان طرفین قرارداد - توافق می‌کنند که بانک مال غیرمنقول را که مشتری در نظر دارد آن را بسازد، خود آن را از طریق عقد استصناع دیگری که با پیمانکار منعقد می‌کند، بنا کند. به عبارت دیگر، بانک واسطه می‌شود و با پیمانکار عقد استصناع دیگری منعقد می‌کند تا مال غیرمنقول مدنظر مشتری را بسازد. به همین جهت قرارداد استصناع دوم مابین بانک و پیمانکار منعقد می‌شود. 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، این افزایش مغایر با حداکثر مطلوبیت و کارایی است.

### ۲.۱.۳. مغایرت عقد استصناع بانکی با کارایی اقتصادی

تحقق کارایی یکی 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. از کارایی تعاریف گوناگونی ارائه شده، 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 وجود دارد.

۲۰. محمود باقری و همکاران، «تحلیل پیدایش بانک در بازار تجاری ایران بر مبنای نظریه هزینه‌های معاملاتی»، پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، ش ۱۰۱ (۱۴۰۲)، ص ۴۱۷.



معیار به‌حداکثر رساندن ثروت<sup>۲۱</sup>، معیار کالدور-هیکس<sup>۲۲</sup> و معیار کارایی پارتو<sup>۲۳</sup>، از مهم‌ترین این معیارها هستند. نظریات دیگری در باب کارایی وجود دارد که باتوجه به اهمیت سه معیار ذکرشده، توضیح همه آنها در حوصله این تحقیق نمی‌گنجد. آنچه در هر سه این نظرها مشترک است، سودمند بودن قاعده حقوقی، قرارداد و یا وضعیت حقوقی ایجادشده برای افراد درگیر آن است. به عبارت دیگر، فارغ از تفاوت‌های جزئی در نظریات ارائه‌شده، هرکدام از این نظریات بر منفعت یکی از طرفین درگیر تأکید دارد<sup>۲۴</sup>.

همان‌طور که از معیارهای یادشده برمی‌آید، عقد استصناع بانکی به جهت هزینه‌هایی که به طرفین تحمیل می‌کند از کارایی لازم برخوردار نیست. با این توضیح که اولاً اگر معیار پازنر را در نظر بگیریم- یعنی معیار حداکثرسازی ثروت- عقد استصناع به افزایش ثروت جامعه منجر نخواهد شد؛ زیرا اولاً بانک وارد بنگاه‌داری و اقتصاد واقعی شده، هزینه‌های متعددی به بانک تحمیل می‌شود؛ ثانیاً فرض کنیم تمامی هزینه‌هایی که بانک متحمل شده است از مشتری اخذ گردد، این مسئله منطبق با معیار پارتو نیست؛ زیرا وضع بانک پس از اخذ هزینه‌ها و سود خود بهتر می‌شود، اما وضع مشتری لزوماً بهتر نمی‌شود. اگر مشتری، خود، سازنده را مستقیم پیدا کند و بی‌واسطه با او قرارداد منعقد نماید، دیگر به پرداخت سود و کارمزد به بانک نیازی نیست. درنهایت در این مورد احتیاجی به دخالت بانک هم وجود ندارد. همچنین اگر فرض کنیم که هزینه‌های نظارت نیز برعهده مشتری قرار گیرد- همان‌طور که در تبصره ماده ۲۵ دستورالعمل ذکرشده است- در این صورت، باز براساس معیار کارایی پارتو، عقد استصناع کارایی لازم را ندارد؛ چراکه مشتری باید هزینه‌های متعددی پرداخت کند. در قراردادهای استصناع عموماً خاتمه

۲۱. معیار به‌حداکثر رساندن ثروت: هدف نهایی حقوق افزایش ثروت اجتماعی است و معیار کارایی اقتصادی تمایل به پرداخت است.

۲۲. معیار کارایی کالدور-هیکس: قاعده حقوقی‌ای کارایی دارد که به بهبود وضعیت عده‌ای از افراد جامعه بینجامد، 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. به‌گونه‌ای که منتفع می‌تواند ضرر زیان‌دیده را جبران و وضعیت او را بهتر از قبل نماید.

۲۳. معیار کارایی پارتو: این معیار ناظر به حالت و وضعیتی است که طی آن منابع به‌گونه‌ای تخصیص یافته است که بهتر کردن وضعیت یک نفر، وضعیت دست‌کم یک نفر را بدتر خواهد کرد. از نظر اقتصادی، زمانی تغییر بهینه پارتو محسوب می‌شود که در نتیجه آن تغییر، دست‌کم وضعیت یک نفر بهتر شود بدون اینکه شرایط دیگری بدتر از قبل شود.

۲۴. محمود باقری و همکاران، «تحلیل اقتصادی حقوق بانکی (مطالعه موردی تسهیلات سندیکایی)»، دانش حقوق مالیه، ش ۹ (۱۳۸۲)

قرارداد و انجام کار با تأخیر صورت می‌پذیرد و این نیز موجب ضرر به بانک می‌شود؛ زیرا بانک در عقد استصناع اول تعهد می‌کند در مدت زمان مشخص پروژه را به مشتری تحویل دهد و در صورت تأخیر باید خسارت پرداخت نماید. اگر شرط خسارت تأخیر در قرارداد استصناع اول در نظر گرفته نشود، مشتری متحمل ضرر خواهد شد و ضرر او بدون جبران می‌ماند. این موضوع مغایر معیار کالدور-هیکس است؛ پس با توجه به تمامی معیارهایی که برای کارایی برشمرده‌اند، عقد استصناع از کارایی اقتصادی برخوردار نیست.

### ۳.۱.۳. عدم تقارن اطلاعاتی در عقد استصناع بانکی

عدم تقارن اطلاعاتی به این معناست که در یک مبادله، حداقل یکی از طرفین نسبت به طرف دیگر از دانش و اطلاعات ناکافی برخوردار باشد<sup>۲۵</sup>. عدم تقارن اطلاعاتی و آثار زیان‌بار آن، از مهم‌ترین عوامل کاهش کارایی اقتصادی است. چنانچه در یک قرارداد یا عمل حقوقی یا معامله، عدم تقارن اطلاعاتی وجود داشته باشد و طرف قرارداد که دارای برتری اطلاعاتی است از تفوق اطلاعاتی خود سوءاستفاده نماید و در تعارض منافع خود و طرف دیگر قرارداد، منافع خود را ترجیح دهد، در این صورت اعضای قرارداد به منافع بایسته خود نمی‌رسند و هدف اقتصاد که تأمین و دستیابی به منافع افراد است، خدشه‌دار می‌شود.

یک قرارداد کارا و بهینه توافقی است که با صرف کمترین هزینه مبادلاتی، به افزایش سطح رفاه طرفین قرارداد بینجامد. از آنجا که از منظر اقتصادی تشکیل هر قرارداد به مثابه یک مبادله داوطلبانه است، فرایند تشکیل تا اجرای قرارداد نیز هزینه‌بر خواهد بود. به عبارت دقیق‌تر، وجود هزینه‌های جست‌وجو، چانه‌زنی، و اجرا در بطن انجام دادن هر مبادله داوطلبانه‌ای - از 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 هزینه‌های کسب آن در همه مراحل - از جست‌وجو، چانه‌زنی تا اجرا - بر طرفین یک قرارداد تحمیل می‌شود. در حقیقت، به دلیل ناقص بودن اطلاعات طرفین در خصوص یکدیگر، مورد معامله و هرآنچه مرتبط با شکل‌گیری و انجام تعهدات ناشی از مبادله است، نوعی نااطمینانی بر فرایند مبادله حاکم خواهد شد. از آنجا که

۲۵. سعید فتحی و همکاران، «تأثیر عدم تقارن اطلاعاتی بر کیفیت بازار سهام شرکت‌ها»، چشم‌انداز مدیریت مالی، ش ۱۲ (۱۳۹۴)، ص ۴۴.

شکل‌گیری و اجرای قرارداد نیز متأثر از وجود همین نااطمینانی است، ناقص بودن اطلاعات طرفین با مرحله شکل‌گیری و اجرای قرارداد پیوند می‌خورد.<sup>۲۶</sup>

در عقد استصناع بانکی مابین مشتری و سازنده اطلاعات برابری وجود ندارد و چون بانک با سازنده قرارداد استصناع دوم منعقد می‌کند و در نهایت 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- فایده<sup>۲۷</sup> در عقد استصناع بانکی

اصل تناسب هزینه- فایده یک از مهم‌ترین و کاربردی‌ترین اصول اقتصادی به رسمیت شناخته شده است که با ماهیت اقتصادی 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 هزینه‌های آن باشد؛ لذا کاری که هزینه‌های آن بیش از منفعتش باشد، غیر اقتصادی تلقی می‌شود. همچنین افراد بشر در مواجهه با گزینه‌های مختلف رتبه‌بندی می‌کنند و بیشینه‌گر هستند؛ یعنی می‌کوشند در قبال آنچه هزینه کرده‌اند به بیشترین سطح مطلوبیت دست یابند.

در عقد استصناع بانکی پس از بررسی هزینه- فایده‌ها از منظر تحلیل اقتصادی، درمی‌یابیم که هزینه‌های تحمیل‌شده به بانک از فواید آن بیشتر است؛ زیرا به علت عدم تخصص بانک 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- این نهاد اقتصادی 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 به‌طور نسبی با ریسک عملیاتی فراوانی

۲۶. مجتبی قاسمی و صبا صدیقی صفایی، «تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها با تکیه بر اقتصاد اطلاعات»، حقوق خصوصی، ش ۲ (۱۴۰۰)، ص ۵۴۳.

روبه‌رو است. از جمله عوامل مهم افزایش این ریسک<sup>۲۸</sup> در نظام بانکی بدون ربا عبارت‌اند از:

- عدم تخصص کافی و آموزش مناسب کارکنان بانک در اجرای عقود اسلامی؛
- نبود نرم‌افزارهای جامع حسابداری مطابق با قراردادهای مالی اسلامی؛
- عدم وجود یک سامانه کنترل جامع برای نظارت بر قراردادهای مالی بر مبنای قوانین اسلامی و به‌طور 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، به مالکیت متقاضی در می‌آورد و او متعهد می‌شود در سررسیدهای معین، اصل و بهره‌های آن را به بانک بازگرداند. نظام بانکی ربوی<sup>۲۹</sup> سعی کرده است که صنعت بانکداری را از درگیری با اقتصاد حقیقی دور کند، به‌طوری 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 به‌عنوان یک مؤسسه گردش وجوه نبوده، سپرده‌گذاران، بانک‌ها و بنگاه‌های اقتصادی دیگر به صورت عناصری مجزا از هم شمرده نمی‌شوند. سود و زیان بانک‌ها و به دنبال آن 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، مسئولیت دارند، بانک‌ها در چرخه اقتصادی نیز فعال هستند تا بتوانند پاسخگوی سپرده‌گذاران باشند. همین مسئله بانک را وارد فضای اقتصاد واقعی کرده، از کارکرد اصلی خود دور می‌سازد. پس تفاوت اصلی بین بانکداری ربوی و غیرربوی عمدتاً در مسئله تجهیز منابع و اعطای تسهیلات است که روش‌های تجهیز

۲۸. برای مطالعه بیشتر در خصوص تحلیل ریسک‌های بانکداری، نک:

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

۲۹. درخصوص بهره و ربا دو نظریه وجود دارد: عده‌ای از متخصصان بهره و ربا را ماهیتاً دو مفهوم متفاوت می‌دانند و عده‌ای دیگر آن را یکسان می‌پندارند. در خصوص نظر اول، نک: غنی‌نژاد، موسی، «تفاوت ربا و بهره بانکی»، نقد و نظر، ش ۱۲ (۱۳۷۶) و در خصوص نظر دوم، نک: رجایی، محمدکاظم، «ماهیت بهره و ربا، دیدگاه مقایسه‌ای»، اندیشه حوزه، ش ۵۳ (۱۳۸۴)، ص ۴.

منابع در بانکداری بدون ربا عموماً عبارت‌اند از سپرده‌های قرض‌الحسنه جاری، سپرده قرض‌الحسنه پس‌انداز و سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار. 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 دستورالعمل استصناع بانکی شورای پول و اعتبار

پس از تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی و در نتیجه عدم کارایی این عقد در نظام بانکی باید به نقد موادی از دستورالعمل استصناع شورای پول و اعتبار مصوب ۱۳۹۰ پرداخت. برخی از مواد این دستورالعمل با کارکردهای اصلی بانک در تعارض است و هزینه‌های زیادی به بانک تحمیل می‌کند. هزینه‌های نظارت، هزینه‌های ارزیابی، هزینه‌های انعقاد دو عقد به جای یک عقد، عدم تفکیک اقتصاد مالی از اقتصاد واقعی، همه از مواردی هستند که بانکداری را با مشکل مواجه می‌سازند که در ادامه بررسی خواهد شد.

#### ۱.۲.۳. هزینه‌های نظارت

ماده ۲۵ دستورالعمل شورای پول و اعتبار اشعار می‌دارد: «بانکها موظف‌اند به منظور اطمینان از حسن اجرای عقد استصناع دوم در طول مدت قرارداد، نظارت لازم و کافی را به عمل آورند». نظارت بر استصناع هزینه‌زا است؛ بدین صورت که فرض کنیم وزارت راه و شهرسازی به پیمانکاری سفارش ساخت جاده مابین دو شهر را از طریق بانک داده است. در این صورت، بانک باید به صورت مرتب پروژه را بررسی کند و بر روند اجرای آن نظارت مداوم داشته باشد؛ به این ترتیب، بانک هزینه بازرسی، هزینه حمل‌ونقل و در صورت تخطی پیمانکار از قرارداد، خسارات وارده را متحمل می‌شود. اگر خود بانک مستقیماً نظارت کند هزینه‌های 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 است<sup>۳۰</sup>.

دستورالعمل اجرایی که احتمالاً واقف به این ایراد بوده، در تبصره ماده ۲۵ مشتری را وکیل و

۳۰. سلطانی، محمد، حقوق بانکی، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۰)، ص ۱۲۵.

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 نظارت‌ها را 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، بانک‌ها برای رهایی از مسئولیت‌های انعقاد و اجرای قرارداد استصناع، تسهیلات‌گیرندگان را نماینده خود برای انجام تمامی فرایندهای قراردادی قرار می‌دهند و به این ترتیب، مسئولیت‌های ناشی از این قرارداد را به تسهیلات‌گیرندگان واگذار می‌کنند. این موضوع اگر به نحوی باشد که ارتباط حقوقی بانک و سازنده را عرفاً قطع کند، خلاف مقتضای ذات استصناع خواهد بود. در این راستا ماده ۲۵ دستورالعمل استصناع اشاره کرده است، بانک‌ها می‌توانند مشتری تسهیلات‌گیرنده را به عنوان ناظر قرارداد خود با سازنده تعیین نمایند. همچنین ماده ۵ قرارداد یکنواخت استصناع، تسهیلات‌گیرنده را وکیل بانک در اجرای قرارداد استصناع دوم دانسته است.

### ۲.۲.۳. هزینه انعقاد دو قرارداد به جای یک قرارداد

ایراد هزینه‌های انعقاد دو قرارداد را با ذکر مثالی روشن می‌نماییم: فرض کنید دانشگاهی برای احداث خوابگاه دانشجویی به بانک مراجعه می‌کند و بانک در صورت داشتن منابع لازم در قالب دو قرارداد به تأمین مالی این طرح می‌پردازد. قرارداد اول با مشتری است که عموماً به صورت فرم یکنواختی که بانک مرکزی در سال ۱۳۹۴ برای عقد استصناع منتشر کرده است به امضای مشتری می‌رسد.<sup>۳۱</sup> هزینه‌های این قرارداد شامل هزینه مکتوب یا رسمی کردن قرارداد، هزینه اجرای مبادله و نیز هزینه‌هایی به منظور جابه‌جایی و انتقال موضوع مبادله است. سپس بانک قرارداد دوم را که به قرارداد استصناع دوم شهرت دارد، با سازنده منعقد می‌نماید. 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 می‌پذیرد، مستلزم هزینه است و در نهایت اگر عقد منعقد شود، هزینه مکتوب یا رسمی کردن قرارداد، هزینه اجرای مبادله و نیز هزینه‌هایی به منظور جابه‌جایی و انتقال موضوع

۳۱. برای دیدن فرم یکنواخت قراردادهای استصناع و سایر قراردادهای بانکی، نک: <https://cbi.ir/showitem/14322.aspx>

مبادله به آن اضافه می‌گردد، ولی اگر مستصنع (مشتري) خود به دنبال سازنده برود چنین هزینه سنگینی به بانک تحمیل نمی‌شود. بنابراین، انعقاد دو عقد در دو زمان هزینه‌های بیشتری از انعقاد یک عقد خواهد داشت و این به معنای عدم کارایی اقتصادی است. چراکه اساساً بانک را وارد بنگاه‌داری می‌کند. به همین جهت دانشگاه برای احداث خوابگاه خود به‌طور مستقیم به دنبال سازنده رفته، هزینه‌های ناشی از یک قرارداد به طرفین تحمیل می‌شود و درنهایت پس از خاتمه قرارداد، درآمدی که از خوابگاه یادشده کسب می‌کند هزینه قرارداد را جبران می‌سازد؛ اما جبران هزینه دو قرارداد طولانی‌تر و دشوارتر است.

### ۳.۲.۳. هزینه ارزیابی

ماده ۱۷ دستورالعمل استصناع بیان می‌دارد: «بانکها مکلف‌اند قبل از انعقاد عقد استصناع دوم، اموال موردنظر را از لحاظ توجیه فنی، مالی و اقتصادی (درحد نیاز بانک) بررسی و ارزیابی نمایند»<sup>۳۲</sup>. باتوجه به اینکه هر قرارداد استصناع مستلزم بررسی‌های پیشینی از سوی بانک و هر کدام از آنها منحصر به فرد است، ارزیابی هر قرارداد استصناع مستلزم هزینه است. یافتن سازنده مناسب که با دقت و در زمان مشخص پروژه را تکمیل کند و تحویل بانک دهد، برای بانک هزینه‌زا است و بانک را درگیر می‌کند. همچنین بانک باید وارد فضای فنی پروژه شود و هر پروژه اقتضای خود را دارد و بانک در همه پروژه‌ها تخصص لازم را ندارد. برای مثال، پروژه ساخت خوابگاه برای دانشگاه، با پروژه ساخت جاده برای وزارت راه و شهرسازی و با پروژه ساخت مکان‌های تفریحی برای وزارت گردشگری متفاوت است. این تفاوت‌ها از نظر زمانی و نیز از نظر فنی و مالی است و هرکدام اقتضای خود را دارد. همچنین برای ارزیابی دقیق‌تر، بانک باید کارشناسانی را استخدام نماید که این پروژه‌ها را بررسی کرده، به بانک گزارش دهند. این افراد پس از ارزیابی مستحق حق‌الزحمه‌هایی هستند که لازم است بانک به آنها پرداخت کند. حتی اگر بانک تمامی هزینه پیش‌گفته را از مشتری دریافت کند، همچنان با معیار کارایی سازگار نیست؛ چراکه مشتری باید هزینه‌ها را پرداخت نماید و شاید هیچ‌گاه بانک را برای عقد استصناع انتخاب نکند، زیرا او نیز هزینه- فایده کرده، هزینه‌های تحمیلی را بیشتر از فایده برای خود می‌داند.

۳۲. برای دیدن متن دستورالعمل شورای پول و اعتبار در خصوص عقود استصناع، مراجعه و خرید دین، نک:

<https://www.cbi.ir/page/8425.aspx>

### ۴.۲.۳. مغایرت با تفکیک اقتصاد مالی<sup>۳۳</sup> و اقتصاد واقعی<sup>۳۴</sup>

اقتصاد در یک تقسیم‌بندی، به اقتصاد مالی و اقتصاد واقعی قابل قسمت است. 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 در آینده با هدف تولید بیشتر مورد استفاده قرار گیرند. فعالیت‌های اقتصادی عمدتاً به‌عنوان اقتصاد واقعی تصور می‌شوند، زیرا منابع واقعی برای تولید چیزی که مردم می‌توانند بخرند و استفاده کنند به‌کار می‌روند. تولید غذا، گرمایش، روشنایی، کالاهای مصرفی و سرگرمی و سایر فعالیت‌ها در اقتصاد واقعی است. در مقابل، اقتصاد مالی وجود دارد که ناظر بر پول و اوراق بهادار است؛ درواقع بازار پول، بازار سرمایه در داخل بازارهای مالی تعریف می‌شوند. بانک‌ها به‌عنوان فعالان بازار مالی به‌دنبال واسطه‌گری بین سپرده‌گذار و تسهیلات‌گیرنده هستند. بانک پس از اعطای تسهیلات به وام‌گیرنده از او بهره دریافت می‌کند و به سپرده‌گذار سود سپرده‌اش را می‌پردازد. لذا بانک از ورود به اقتصاد واقعی پرهیز می‌کند و وارد بنگاهداری نمی‌شود. به‌موجب بند ۱ و ۲ ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی کشور، بانک از خرید و فروش به‌منظور تجارت و معاملات غیرمنقول منع شده بود؛ چراکه 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 به‌منظور تجارت ۲. معاملات غیرمنقول جز برای بانک‌هایی که هدف آنها انجام معاملات غیرمنقول است».

در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، بندهای پیش‌گفته که در قانون پولی و بانکی بود حذف گردید. عقد استصناع بانک را وارد بنگاهداری و دخالت در ساخت‌وساز می‌کند. قرارداد استصناع بانکی، به‌ویژه اگر به‌صورت 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 به‌وسیله عقد استصناع، آن است که بانک در پروژه موضوع ساخت مستقیماً درگیر می‌شود و هرگونه مسئولیت و عواقب ناشی از عدم پیشرفت پروژه برعهده بانک و درنتیجه

33. Financial Economics

34. Real Economics

سپرده‌گذاران خواهد بود. توجه به این نکته که اکثر پروژه‌های بزرگ با هزینه‌های بیشتر و مدت زمان طولانی‌تر از آنچه پیش‌بینی شده تحقق می‌یابند و نیز اختلافاتی که ممکن است درخصوص وصف و کیفیت اجرای پروژه مطرح شود، اهمیت موضوع را دوچندان می‌کند.

### ۵.۲.۳. عدم تخصص بانک در ورود به ساخت

بانک باید وارد فرایند پیچیده انعقاد و اجرای قرارداد با سازنده‌های مختلف برای پروژه‌های گوناگون شود و این درحالی است که هر پروژه خصوصیات منحصربه‌فرد خود را خواهد داشت. ذکر نمونه‌های زیر به روشن شدن بحث کمک می‌کند: یک شرکت کفش واقع در اندونزی سفارش ساخت یک میلیون کفش جهت تحویل در شش ماه آینده را دریافت می‌نماید. چون منابع شرکت یادشده برای تولید کافی نیست، به این لحاظ به بانک اسلامی اندونزی مراجعه و بانک یادشده 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.

دولت مالزی و شرکت آرسی‌سی قرارداد ساخت یک اتوبان ۲۰ مایلی را منعقد می‌کند. سپس شرکت یادشده با بانک اسلامی مالزی قرارداد استصناع می‌بندد. به‌موجب این قرارداد، مقرر می‌شود که پرداخت در ازای تکمیل هر مایل صورت گیرد و به‌هنگام اتمام کار، بانک اسلامی مالزی موضوع قرارداد را برحسب پیشرفت کار یا مجموعاً به دولت مالزی به صورت نقدی یا موجدل می‌فروشد.

شرکت کشتی‌رانی عربستان سعودی با گروه کشتی‌سازی سئول برای سفارش ساخت تانکر صد هزار تنی وارد مذاکره می‌شود. شرکت کشتی‌رانی سعودی مشکل نقدینگی دارد. گروه کشتی‌سازی یادشده نیز به سرمایه در گردش برای خرید وسایل و پرداخت هزینه‌های بالاسری نیازمند است. شرکت کشتی‌رانی عربستان سعودی با بانک اسلامی بحرین وارد مذاکره می‌شود و بانک اسلامی بحرین هم به‌عنوان فروشنده، کالای موضوع قرارداد را به شرکت کشتی‌رانی عربستان سعودی می‌فروشد (یا به عبارت دیگر، شرکت کشتی‌رانی به‌عنوان خریدار، کالای موضوع قرارداد را از بانک اسلامی بحرین خریداری می‌نماید). براساس شرایط قرارداد، شرکت کشتی‌رانی پرداخت بهای معامله را به‌هنگام 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 سئول جهت ساخت تانکر و پرداخت ثمن برحسب پیشرفت کار منعقد می نماید<sup>۳۵</sup> موارد پیش گفته که تجربه های سایر کشورها در روند عقد استصناع است، نشانگر این است که هر پروژه پیچیدگی منحصر به فرد خود را دارد و بانک باید تخصص لازم را در هر مورد کسب کند و گرنه با مشکلاتی در روند پروژه مواجه می شود که پیش تر به آن اشاره شد.

روشن است که بانک ها باید در استصناع دوم تدابیر لازم را به منظور پوشش خطر ناشی از عدم تحویل به موقع کالا یا عدم انطباق مشخصات کالا با ویژگی های مورد نظر در قرارداد، پیش بینی 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 سایت های رسمی خود قرار داده اند. با وجود گذشت ۱۲ سال از دستورالعمل شورای پول و اعتبار، به نظر می رسد بانک ها نیز تمایلی به استفاده از چنین عقدی ندارند؛ چراکه با توجه به موارد پیش گفته هزینه های آن از فواید عملی آن بیشتر است.

یکی از محققان حوزه بانکداری، در تأیید وجود عقد استصناع می نویسد: «یکی از دلایل صوری شدن قراردادها عدم تأمین نیاز متقاضیان وجوه در چهارچوب عقود موجود است. با به کارگیری عقد استصناع و پاسخگویی به برخی نیازهای واقعی متقاضیان می توان لاقلاً مانع استمرار و یا محدود نمودن چنین روندی شد»<sup>۳۶</sup>. در پاسخ باید اشاره کرد که این سخن در مقام مقایسه دو عقد استصناع و عقد مشارکت بیان شده و وجود عقد استصناع دارای قابلیت توجیه بیشتری نسبت به عقد مشارکت شمرده شده است. همان طور که پیش تر اشاره شد، عقد استصناع بانکی فارغ از سایر عقود دچار مشکلات عدیده ای است. لذا بررسی عقود اسلامی و مقایسه آنها با یکدیگر و برتری هر کدام نسبت به یکدیگر باید در جای دیگر بررسی شود.

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

۳۶. محمدنقی نظریور، «کاربرد عقد استصناع در تخصیص منابع در عملیات بانکی»، پژوهشکده پولی و بانکی، ش ۵ (۱۳۹۰)، ص ۲۲.

## نتیجه

پس از مطالعه 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 باید ابتدا از سوی 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 ساخته‌شده 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 باید ابتدا ادبیات قانونی حول آن به‌وجود آید. فارغ از اینکه عقد استصناع باید خارج از نظام بانکداری تعریف و تبیین گردد، عقد استصناع بانکی در نظام بانکداری محل تردید جدی است؛ چراکه بانک برای کاهش هزینه معاملات بین طرفین در دنیای مدرن ایجاد شده است اما با تحمیل این عقد به بانک، هزینه‌های متعددی به بانک از جمله هزینه نظارت و ارزیابی و انعقاد قرارداد به‌وجود 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 ناکارآمدی اقتصادی شده، درنهایت باعث نقض تفکیک بازار مالی از بازار واقعی می‌گردد. همچنین باتوجه به عدم تمایل بانک‌ها در استفاده از این عقود و با عنایت به موارد فوق، حذف عقد استصناع بانکی از نظام بانکداری - به‌خصوص بانکداری اسلامی - ضروری به‌نظر می‌رسد. جدا از اینکه در عمل استفاده از عقد استصناع در نیل به اهداف هنجاری موردنظر قانون‌گذار در ایران موفق بوده است، تجویز این بستر و چارچوب حقوقی برای بازار پول ایران بدون درنظر گرفتن هزینه معاملات آن که در نهایت در قیمت تمام‌شده پول در بازار پول ایران منعکس می‌شود، انجام شده است. لذا در یک انتخاب هنجاری آنچه اهمیت دارد، خودآگاهی قانون‌گذار و عموم نسبت به هزینه‌های معاملاتی استفاده از عقد استصناع در بازار پول است که باید از ورود آن به نظام بانکی اجتناب شود.

## منابع و مأخذ

## الف) منابع فارسی

## - کتاب‌ها

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

## - مقالات

۴. آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۲). تحلیل تحلیل اقتصادی حقوق. *مطالعات حقوق تطبیقی*، ۴ (۲)، ۱۷-۱.
  ۵. الهام، صادق و عباسی، یونس (۱۳۹۹). قرارداد استصناع بانکی در ترازوی تحلیل و نقد فقهی. *علمی اقتصاد اسلامی*، ۲۰ (۷۹)، ۸۷-۱۱۲.
  ۶. بادینی، حسن (۱۳۸۲). مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق. *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۶۲ (۱)، ۹۱-۱۳۵.
  ۷. باقری، محمود؛ فرخانی، هدایت و محمدی، اسماعیل (۱۳۸۲). تحلیل اقتصادی حقوق بانکی (مطالعه موردی تسهیلات سندیکایی). *دانش حقوق مالیه*، ۹ (۱)، ۴۱-۵۵.
  ۸. باقری، محمود؛ احمدی، علی و صادقی، محمد (۱۴۰۱). تحلیل پیدایش بانک در بازار تجاری ایران بر مبنای نظریه هزینه‌های معاملاتی. *پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی*، ۳۰ (۱۰۱)، ۳۹۳-۴۱۹.
- Doi: 10.52547/Qjerp.30.101.395
۹. باقری، محمود و صحرانورد، غزاله (۱۴۰۰). راهکارهای امهال تسهیلات معوق بانکی؛ بررسی دستورالعمل نحوه امهال مطالبات مؤسسات اعتباری، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۲ (۲۳)، ۱۸-۳۶.
- Doi: 10.22034/LAW.2021.42628.2753
۱۰. تقی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۶). استصناع و کاربرد آن در نظام بانکی با تأکید بر دستورالعمل‌های ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار. *دانش حقوق مدنی*، ۶ (۱)، ۱۱-۱۸.

۱۱. جزایری، مینا (۱۳۸۳). عقد استصناع و استفاده از آن در نظام بانکی. *بانک و اقتصاد*، (۵۲)، ۳۳-۲۹.
۱۲. خادمی کوشا، محمدعلی (۱۳۹۲). استصناع در توجیهی جدید. *فقه*، ۲۰ (۲)، ۴۷-۲۹.
۱۳. سیفی زیناب، غلامعلی و حسن‌زاده، منصوره (۱۳۸۸). *استصناع در فقه و حقوق ایران. تحقیقات حقوقی*، ۱۲ (۵۰)، ۲۱۷-۱۶۱.
۱۴. قاسمی، مجتبی و صدیقی صفایی، صبا (۱۴۰۰). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای با تکیه بر اقتصاد اطلاعات. *حقوق خصوصی*، ۱۸ (۲)، ۵۶۰-۵۴۱.
۱۵. کاویانی، کوروش (۱۳۸۶). درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق. *پژوهش حقوق و سیاست*، ۹ (۲۳)، ۱۰۲-۶۲.
۱۶. کمیجانی، اکبر و نظریور، محمدنقی (۱۳۸۷). چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا. *پژوهشی اقتصاد اسلامی*، ۸ (۳۰)، ۹۷-۶۹.
۱۷. موسویان، سیدعباس و بازوکار، احسان (۱۳۹۲). احکام و آثار فقهی حقوقی عقد استصناع. *بورس اوراق بهادار*، ۶ (۲۱)، ۳۲-۵.
۱۸. نظریور، محمدنقی (۱۳۹۰). کاربرد عقد استصناع در تخصیص منابع در عملیات بانکی. *پژوهشکده پولی و بانکی*، (۵)، ۴۳-۲.
۱۹. نظریور، محمدنقی و محمدی، مرتضی (۱۳۹۰). صحت یا فساد عقد استصناع دیدگاه فقه‌های امامیه، مذاهب اربعه و حقوق ایران. *حقوق اسلامی*، ۸ (۲۸)، ۷۱-۳۷.

## ب) منابع انگلیسی

### - Articles

20. Zuhair Al-feel, Nada (2019). Manufacture Contract (ISTISNA'A), Concept, Importance & Risks. *Humanities & Social Sciences Review*, 7 (5), 1039-1052.
21. Tamkin Borhan, Joni (2002): Istisna in Islamic Banking: *Concept and Application. Jurnal Syariah*, 10 (2), 99-108.
22. 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.
23. Coase Ronald (1937). The Nature of Firms. *Economia*, 4 (16), 386-405.