

وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا

عقد استصناع

دربانك داری اسلامی

۱۷ / ذوالقعدة / ۱۴۴۳ هـ ق

۲۵ / سرطان / ۱۴۰۱ هـ ش

نویسنده: دكتور محمد ظریف علم "ستانكزی"



نویسنده: دکتر محمد ظریف علم "ستا نکزی"

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

عقد استصناع

دربانکداری اسلامی

مقدمه:

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وعلى آله واصحابه اجمعين:

قال الله تبارك و تعالي: ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾^١ او كما قال: ﴿ ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ ﴾^٢ او كما قال: ﴿ وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾^٣

الله تبارك و تعالی انسان را با وصف اشرف مخلوقات بودن آن دارای یک سلسله خصوصیات فطری خلق نموده است که در تداوم زندگی بشری او در کره خاکی زمین وابستگی دارد و این فطرت باعث شده تا انسان برای حفظ، بقای خویش در زمین تداوم و زندگی نماید یکی از خصوصیات که انسان در صدد کسب آن میباشد، مال و متاع غرض تهیه لوازم زندگی برای تداوم آنست.

از نظر حقوق عندی که بنام حقوق (فطری، ذاتی، انفسی) نیز یاد میگردد، در بخش حقوق خصوصی، (حقوق عینی قسم حقوق مالی) تمایل به مال من حیث حق فطری انسان دانسته شده است که حق عینی را چنین تعریف مینمایند: حق عینی عبارت از تسلط مستقیم شخص بر ذات عین (اموال) میباشد.

١ - قرانکریم (آل عمران / آیه ١١٠)

٢ - قرانکریم (النحل / آیه ١٢٥)

٣ - قرانکریم (آل عمران / آیه ١٩٤)

بنابر خصوصیت فطری انسان مبنی بر تمایل او بر اموال در کسب آن سعی مینماید تا برای تداوم زندگی خویش، آنرا بدست آورد، البته بدست آوردن مال و متاع بطور مشروع و غیر مشروع صورت گرفته میتواند که بطور مشروع از طریق اسباب کسب ملکیت که شریعت اسلامی آنرا مشروع گردانیده باشد، انسان صاحب آن نوع مال و متاع دانسته میشود، سعی در کسب آن مشروع میباشد مانند انعقاد عقود شرعی و قانونی، میراث، وصیت، حیات، تصاحب، شفعه که منحیث اسباب مشروع کسب ملکیت در شریعت اسلامی مجاز دانسته شده است انسان صاحب مالکیت چنین اموال و اشیاء دانسته میشود.

شریعت اسلامی برای کسب ملکیت قواعد و ضوابط گذاشته است که عدول از آن قواعد و ضوابط و بدست آوردن مالکیت بالای اموال و اشیاء از طریق غیر مشروع را ممنوع و حرام دانسته است، قاعده کلی در شریعت اسلامی به حکم خطاب الهی چنین ارشاد میفرماید:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^۴ ای کسانی که ایمان آورده اید اموال همدیگر را به ناروا مخورید.

این خطاب الهی مطلق کسب ملکیت را از طریق باطل ممنوع قرار داده است که انواع کسب ملکیت باطل مانند ربا، قمار، سرقت، خیانت در امانت، فریبکاری، رشوت، اختلاس، غدر و ... شامل میگردد و بدست آوردن مال متاع از طرق متذکره را باطل و حرام دانسته و حتی این اعمال را جرم تلقی و مرتکب را مستوجب مجازات دانسته است.

الله تبارک و تعالی تمام کائنات را در خدمت معیشت و زندگی بهتر انسان خلق نموده است که چنین ارشاد میفرماید: ﴿وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾^۵ و آنچه در آسمانها و زمین است تمام را مسخر شما گردانید و اینها همه از سوی اوست، در این کار نیز برای مردم که تفکر میکنند آیاتی از قدرت الهی کاملاً آشکار است.

همچنان الله تبارک و تعالی انسان را که مسخر بالای آنچه در آسمانها و زمین است مسلط گردانیده، او را منحیث اشرف مخلوقات خلیفه روی زمین گردانیده که در مورد قرآن چنین ارشاد میفرماید: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ

^۴ - قرانکریم (نساء / ۲۹)

^۵ - قرانکریم (الجاثیة / ۱۳)

لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً^۱ و وقتی که پروردگارت فرشتگان را فرمود که من در زمین خلیفه خواهم گشاست.

بنابر نصوص شرعی ذکر شده انسان از کسب ملک غیر شرعی منع شده و آنچه در زمین و آسمانها است برای تسلط و تسخیر انسان مهیا شده است و همچنان انسان خلیفه روی زمین گردانیده شده است پس انسان برای کسب تمام این موارد ضرورت به سعی و انعقاد عقود دارد.

معاملات بانکی نوع از عقود بوده که حسب ضرورت در سطح جهان از قدیم مروج میباشد شریعت اسلامی معاملات بانکی که در آن ربا، قهار، تدلیس، غرر و سایر موارد غیر شرعی موجود باشد آنرا ممنوع و نامشروع قرار داده است لیکن برخی از معاملات بانکداری را تحت عنوان بانکداری اسلامی مشروع و برای آن قواعد را وضع نموده است، فتاوی معاصر را در مورد بانکداری اسلامی بطور جمعی در کنفرانس های اسلامی صادر که توسط آن قواعد بانکداری اسلامی تأسیس و ایجاد گردیده است.

در معاملات و عقود بانکداری اسلامی یکی هم عقد استصناع است که ما در صدد بحث آن هستیم.

عقد استصناع از جمله معاملات است که بر خلاف قیاس جائز گردیده است، مانند عقد سلم به این توضیح که در عقد استصناع نیز مبیعه و سلعه در زمان انعقاد عقد موجود نمیشود، اگرچه در فقه اسلامی بیع معدوم جائز نیست، یعنی عقدی که مبیعه و یا سلعه در زمان عقد وجود نداشته باشد، برخلاف اصل است که در فقه اسلامی در مورد بیع معدوم وجود دارد، برخی از بیوع و معاملات خلاف اصل منصوصی و یا هم نسبت ضرورت مردم بالآخر اجتهاد مجتهدین کرام در فقه اسلامی مشروع گردیده است مانند عقد اجاره، عقد سلم، عقد استصناع، عقد مرابحه به فرمایش که در مورد هر کدام در مباحث قبلی توضیحات صورت گرفته است.

در این قسمت از بحث خویش به عقد استصناع اشاره خواهیم داشت، این عقد نیز در معاملات بانکداری اسلامی در جنب سائر معاملات مروج بوده و عقدی نیست که در زمان عصر فعلی بوجود آمده باشد، بلکه این عقد نیز از قبل در فقه اسلامی وجود داشته که در کتب فقهی در مورد این عقد مباحث وجود دارد، صرفاً در عصر فعلی با معاملات معاصر طبق احکام و قواعد شریعت اسلامی تطابق داده شده است تا از معاملات متعارف

^۱ - قرآنکریم (البقرة / آیه ۳۰)

و ربوی معاصر مجزاء گردد که در این مبحث خویش طبق معمول به تعریف، مشروعیت، ارکان، شروط عقد استصناع و همچنان چگونگی تطبیق آن در بانکداری اسلامی توضیحات خواهیم داشت.



مبحث اول

تعریف استصناع

استصناع واژه عربی و از باب استفعال می باشد که خاصیت حروف (ا-س-ت) در کلام عربی به معنای طلب می باشد از اینرو در ابتدای هر کلمه زمانی که این سه حرف بیاید به معنای طلب معنی می گردد، چنانچه در ابتدای این مصطلح هم سه حرف (ا-س-ت) موجود بوده که در لغت به معنای طلب صنوع و ساختن چیزی معنی می گردد.

معنای دری آن نقل از کتب لغت به معنای سفارش ساخت چیزی معنی گردیده است.^۷ یعنی به معنای طلب و سفارش برای ساختن چیزی استعمال می گردد که مطابق معنای لغوی اصطلاحی آن مطابقت دارد و یا به عبارتی دیگر معنای اصطلاحی آن مطابق معنای لغوی قرار ذیل از نظر فقهای اسلامی تعریف گردیده است:

استصناع در اصطلاح: عبارت از عقد است که مبیعه در ذمه و یا شرط صنوع عمل بالای صانع می باشد.^۸

عقد استصناع در ضمن ماده (۱۵۱۰) قانون مدنی نیز چنین تعریف گردیده است:

(استصناع، مقاوله ساختن شی معین است در برابر قیمت مشخص به نحویکه مقاوله بر عین شی وارد باشد نه بر کار صنعتگر).

از تعاریفات فوق فقهی و قانونی معلوم می گردد که عقد استصناع مشابه به عقد سلم است، وجه مشابهت و مشترک این دو عقد عبارت از بیع معدوم بودن آنها است که در زمان عقد جنس و یا شی مصنوع موجود نمی باشد، لیکن وجه افتراق این دو عقد در ثمن است در عقد سلم تعجیل ثمن در زمان عقد لازم است، اما در عقد استصناع شرط نیست تعجیل سپردن ثمن در زمان عقد، همچنان بیان مدت آماده نمودن جنس و تسلیمی آن در عقد استصناع به دیدگاهی امام ابوحنیفه رحمه الله شرط نیست.

^۷ - لغت نامه دهخدا / لغت نامه عمید / فرهنگ لغت نامه معین (vajehyab.com)
^۸ - تحفة الفقهاء ج ۲ ص ۵۳۸ ط (۱) جامعه دمشق.

از سوی هم عقد استصناع مشابهت به عقد اجاره دارد به این توضیح که صانع منحیث اجیر برای ساخت معقود علیه انرژی کاری خویش را به اجورت مشتری میدهد، وجه افتراق عقد اجاره با عقد استصناع در این است که در عقد استصناع صانع مواد آماده نمودن شی معقود علیه را از مصرف و پول خود آماده مینماید و یا بعضی مواد آنرا مشتری براساس توافق تهیه مینماید و برخی دیگر آنرا صانع غرض تکمیل شی معقود علیه مصرف مینماید مانند خیاط که برای دوختن لباس، عقد استصناع را منعقد مینماید، ممکن تکه را مشتری برای خیاط بدهد تا لباس برای او بدوزد و سائر لوازم دوختن لباس را خیاط بمصرف میرساند و یا هم تکه را نیز صانع بعد از انتخاب مشتری به مصرف خود تهیه مینماید در هر دو صورت این معامله را میتوان عقد استصناع نامید.

در قرارداد های بزرگ فابریکات صنعتی بانک ها میتوانند در بانکداری اسلامی عقد استصناع را برای فابریکات تولیدی و صنعتی فرمایش بدهد و اجناس از جانب این فابریکات تهیه وبعد بانک آنها را با عقد مرابحه بالای مشتریان بفروش رساند که در این خصوص دو نوع معامله بانکداری اسلامی ممکن است منعقد گردد، یکی عقد استصناع و دومی عقد مرابحه که در مبحث مرابحه توضیحات در اینمورد داشتیم و همچنان در بحث چگونگی عقد استصناع در بانکداری اسلامی در اینمورد توضیحات خواهیم داشت.

مبحث دوم

مشروعیت عقد استصناع

اگر به مقتضای قیاس نظر گردد عقد استصناع جائز نیست زیرا بیع معدوم است چنانچه قبلاً به این موضوع اشاره نمودیم مانند عقد سلم و اجاره، لیکن عقد استصناع بر خلاف قیاس استحساناً بنزد مذهب حنفی مشروع گردیده است بنا بر ضرورت مردم در تمام عصور بدون انکار علمای اسلامی از اینرو اجماع امت نیز بر جواز عقد استصناع شده است که در اینصورت قیاس متروک است.^۹ بنا بر فرموده حضرت محمد صلی الله علیه وسلم ((لا تجمع أمتی علی ضلالة))^{۱۰} امت من به گمراهی اجماع نمیکند.

همچنان ابن مسعود رضی الله عنه میفرماید: آنچه را مسلمانان در مجموع حسن و خوب ببینند بنزد الله تبارک و تعالی نیز حسن و خوب است.^{۱۱}

اساس عقد استصناع بنزد جمهور مذاهب اهل سنت (مالکیها، شوافع و حنابله) عقد سلم است بنزد این مذاهب شرط است در استصناع آنچه در سلم شرط است.

از اینرو بالای ماهیت عقد استصناع بنزد فقها اختلافی نیست بلکه اختلاف در وجه تسمیه آن است، مذهب حنفی آنرا عقد استصناع میدانند و جمهور آنرا عقد سلم میدانند، در حالیکه در بانکداری اسلامی معاصر به دیدگاه احناف تحت عنوان عقد استصناع مسمی و متداول است.

همچنان عقد استصناع به دلائل شرعی کتاب الله، سنت و اجماع ثابت و مشروع بوده که علمای اسلامی به دلائل ذیل در مورد عقد استصناع استناد مینمایند:

^۹ - المبسوط ج ۱۲ ص ۱۳۸

^{۱۰} - رواه احمد فی مسنده والطبرانی فی الکبیر.

^{۱۱} - نصب الرایه ج ۴ ص ۱۳۳ / مجمع الزوائد ج ۴ ص ۱۷۷

۱- کتاب الله:

الله تبارک و تعالی میفرماید: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^{۱۲} ای آن کسانیکه که ایمان آورده اید وفا به عقد نمایید.

وجه دلالت: حکم آیه فوق عام است تمام عقود را در بر میگیرد که بعد از انعقاد عقد به تعهدات آن باید وفا گردد از اینرو عقد استصناع نیز از جمله عقود است، هرگاه ارکان و شروط آن مطابق شریعت اسلامی که فقهای اسلامی تصریح نموده است انعقاد گردد واجب است وفا به تعهد که از جانب صانع و مستصنع صورت گرفته است انجام گردد.

همچنان الله تبارک و تعالی میفرماید: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^{۱۳} حلال است بیع و حرام است ربا.

وجه دلالت: در حکم آیه فوق الله تبارک و تعالی بیع را حلال و ربا را حرام دانسته است بنابراین حکم فوق عقد استصناع بیع است و بنابر ضرورت مردم و تداول بین مردم مشروع شده است.

۲- سنت:

در منبع دومی اسلامی نیز هرگاه در احکام عام و خاص احادیث نبی کریم صلی الله علیه وسلم نظر گردد مشروعیت عقد استصناع دریافت میگردد که قرار ذیل اشاره میگردد:

وعن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحل حراماً)).^{۱۴}

از عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه روایت است که رسول الله صلی الله علیه وسلم فرموده که: ((صلح بین مسلمانان جائز است، مگر صلح که حرام را حلال و حلال را حرام نماید، و مسلمانان باید متعهد به شروط خود باشند، مگر شرط که حرام را حلال و حلال را حرام گردانند)).

^{۱۲} - القرآن الكريم (المائدة / الآية ۱)

^{۱۳} - قرانکريم (سورة بقره / ۲۷۵)

^{۱۴} - رواه الترمذي كتاب الأحكام ج ۳ ص ۶۳۴

وجه دلالت: عقد استصناع نسبت ضرورت مردم مشروع و حلال است، شروط که در عقد استصناع گذاشته میشود تماماً مشروع است و هرگاه متعاقدین شرط حرام را در عقد استصناع بگذارند، از نظر فقهی چنین عقد بطرف فساد و یا هم بطلان میرود اثر عقد صحیح بالای آن مرتب نمی گردد.

عن أبي حازم قال أتى رجال إلى سهل بن سعد يسألونه عن المنبر فقال: ((بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة امرأة قد سماها سهل أن مري غلامك النجار يعمل لي أعواداً أجلس عليهن إذا كلمت الناس، فأمرته يعملها من طرفاء الغابة ثم جاء بها فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها فأمر بها فوضعت فجلس عليه)).^{۱۰}

از ابی حازم روایت شده که اشخاص بنزد سهل بن سعد آمدند و از او در مورد منبر سوال نمودند او فرمود که رسول الله صلى الله عليه وسلم من را فرستاده بود به نزد زنی که نام او سهل بود که غلام خود را که نجار است بگوید برای من از چوب چیزی درست کند که بالای آن زمانی که برای مردم سخن میگویم بنشینم، من این پیام پیامبر را برای آن زن گفتم او دانست و از درختان جنگل آنرا ساخت و سپس آنرا بنزد پیامبر فرستاد، سپس آنرا گذاشت و بالای آن نشست.

وجه دلالت: حدیث مذکور در مورد مشروعیت عقد استصناع حکم مینماید که پیامبر صلى الله عليه وسلم برای آن زنی پیام فرستاد تا برای غلام خویش دستور دهد تا یک چیزی مانند چوکی برای رسول الله صلى الله عليه وسلم بسازد که حین سخن گفتن و خطابه بالای آن بنشیند، از حدیث متذکره معلوم میگردد که در حین عقد چوکی موجود نبود و برای ساختن آن فرمایش داده شده بود که عقد استصناع نیز به همین طریقه برای ساختن چیزی که وجود ندارد و بعداً ساخته میشود منعقد میگردد.

^{۱۰} - رواه البخاری ج ۴ ص ۷۰ شماره حدیث ۵۸۷۶ / والمسلم ج ۳ ص ۱۶۵۵ شماره حدیث ۲۰۹۱ " متفق علیه"

مبحث سوم

ارکان و شروط عقد استصناع

عقد استصناع مانند سایر عقود دارای ارکان و شروط است که توسط آن عقد استصناع بطور صحیح منعقد و نافذ میگردد که در مطالب ذیل هرکدام توضیح میگردد:

مطلب اول: ارکان عقد استصناع:

ارکان عقد استصناع مانند سایر عقود بین احناف و جمهور علمای اهل سنت (مذهب مالکی، مذهب شافعی و مذهب حنبلی) اختلاف وجود دارد که بنزد احناف ارکان عقد استصناع عبارت از ایجاب و قبول است، در حالیکه بنزد جمهور برای عقد استصناع سه رکن برای استصناع است عاقدین، محل و صیغه:

- **عاقدین:** عبارت از صانع و مشتری است.
- **محل:** عبارت از موضوع عقد است که بالای عقد و عمل منعقد میگردد.
- **صیغه:** که عبارت از لفظ ایجاب و قبول است.

مطلب دوم: شروط عقد استصناع:

بر علاوه شرایط عمومی عقد، عقد استصناع دارای شروط ذیل میباشد:

۱- مستصنَع (شی که ساخته میشود) باید معلوم باشد:

شرط است بیان جنس، نوع و اندازه مستصنَع معلوم باشد، زیرا استصناع ملتزم عین و عمل است که هر دو از صانع و فرمایش گیرنده طلب میگردد، بنابراین ضرورت است تا نوع، جنس و اندازه مستصنَع معلوم باشد.^{۱۶}

در مورد این شرط ماده (۳۹۰) مجله الاحکام چنین تصریح میدارد:

^{۱۶} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۲۶۷۸ ط العاصمة

(يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق المطلوب). لازم است در استصناع به آنچه توافق شده وصف و شناسائی مصنوع (شی که تولید میشود).

۲- تعامل مردم بر آن جاری باشد:

شرط است در استصناع به آنچه که تعامل مردم بر آن جاری باشد و اگر تعامل مردم جاری نباشد پس استصناع نیست و رجوع به اصل قیاس میشود که در این حالت آن نوع معاملات را میتوانیم عقد سلم نامید.^{۱۷}

در مورد ماده (۳۸۹) مجلة الاحکام تصریح میدارد:

(كل شيء تُعومَلُ استصناعه یصح فيه الاستصناع على الاطلاق وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بین فيه المدة صار سلباً وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم وإذا لم یبین فيه المدة كان من قبیل الاستصناع ایضاً).

هر آنچه در تعامل استصناع مروج باشد در آن استصناع مطلقاً درست است و در هر آنچه که در تعامل استصناع مروج نباشد و یا در آن معین بسازد مدت را در اینصورت شروط سلم بالای آن رعایت میگردد و اگر وقت را معین ننموده باشند در اینصورت نیز استصناع است.

۳- زمان در استصناع شرط نیست:

در مورد این شرط در مذهب حنفی دیدگاه امام ابویوسف و امام محمد شاگردان امام ابوحنیفه، با استاد اش مخالف است که قرار ذیل اشاره میگردد:

اول: دیدگاه امام ابوحنیفه رحمه الله:

شرط نیست که در عقد استصناع زمان قید گردد و اگر در معامله ساختن چیزی زمان قید گردد پس آن عقد استصناع نبوده بلکه عقد سلم میباشد که شرایط عقد سلم بالای آن مرتب میگردد.^{۱۸}

ماده (۳۸۹) مجلة الاحکام که قبلاً به آن اشاره شد نیز به عدم تعیین شرط زمان به دیدگاه امام ابوحنیفه رحمه الله تصریح نموده است.

^{۱۷} - مرجع فوق

^{۱۸} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۲۶۷۸ ط العاصمة

دوم: دیدگاه امام ابویوسف و امام محمد رحمهما الله:

بنزد امام ابویوسف و امام محمد رحمهما الله عرف جاری بین مردم به تعیین زمان در عقد استصناع می‌باشد، چنانچه استصناع بخاطر تعامل مردم جائز شده است از اینرو در عقد استصناع شرط است تا زمان تعیین گردد و در صورت تعیین زمان عقد استصناع بطرف عقد سلم نمی‌رود.^{۱۹}

قانون مدنی افغانستان دیدگاه امام ابویوسف و امام محمد رحمهما الله را دلالتاً در ضمن ماده (۱۵۲۲) چنین تصریح می‌دارد:

(۱) فرمایش دهنده می‌تواند درحالات آتی بعد از اخطار به صنعتگر مقاوله را فسخ و درصورت متضرر شدن مطالبه جبران خساره نماید.

۱- درحالتیکه صنعتگر بدون عذر موجه در خلال مدت معقول به اجرای تعهد خویش شروع نکند.
۲- درحالتیکه صنعتگر در خلال مدت معینه به تسلیم دهی شی فرمایش داده شده تأخیر بعمل آورد.
(۲) اگر تأخیر و عدم اجرای تعهد از جانب صنعتگر ناشی از خطاء و یا امری باشد که به فرمایش دهنده مربوط باشد و با وجود مطالبه صریح و کتبی صنعتگر به ایفای آن نپرداخته باشد، صنعتگر می‌تواند عقد را فسخ و جبران خساره وارده را مطالبه نماید.

در ضمن تصمیم مجمع فقه اسلامی در کنفرانس جده که بعداً به آن اشاره می‌گردد نیز شرط گذاشته که در عقد استصناع زمان باید معین شود، بنابراین فتوای علمای معاصر و دیدگاه قانون موافق نظر امام ابویوسف و امام محمد رحمهما الله است.

مبحث چهارم

صفت عقد استصناع

عقد استصناع از جمله عقود غیر لازم قبل از ساختن و بعد از ساختن شی، جنس و سلعه می باشد، از اینرو هرکدام از عاقدین اختیار دارند در امضاء نمودن، فسخ و یا عدول عقد قبل از دیدن جنس و شی ساخته شده، و اگر بایع قبل از دیدن مشتری آن را به فروش برساند جائز است، بدلیل اینکه عقد استصناع عقد غیر لازم است و معقود علیه عین شی و جنس ساخته شده نمی باشد بلکه مثل آن به ذمه صانع می باشد.

عقد استصناع به این جهت عقد غیر لازم است که مستصنع (مشتری) اختیار رؤیت و خيار عیب دارد به این توضیح که شی ساخته شده را هرگاه مشتری دید و آنرا قبول نمود عقد لازم می گردد قبل از رؤیت و دیدن شی ساخته شده از جانب مشتری عقد لازم نمی گردد تا وجوبه مشتری ثابت گردد.

بنابر موضوع متذکر فوق عقد استصناع عقد غیر لازم است.

قانون مدنی افغانستان فروعاً را در ضمن مواد ذیل در مورد عقد استصناع مبنی بر اینکه عقد غیر لازم است تصریح داشته است که قرار ذیل اشاره می گردد:

ماده (۱۵۱۴)

(۱) صنعتگر مکلف است شی فرمایش داده شده را طوری بسازد که حایز وصف تضمین شده بوده و استفاده مطلوب از آن شده بتواند. همچنان شی مذکور باید عاری از عیبی باشد که ارزش را تنزیل دهد.

(۲) اگر شی فرمایش داده شده اوصاف و شرایط موافقه شده را حایز نباشد، فرمایش دهنده میتواند رفع عیب را مطالبه کند.

(۳) اگر صنعتگر در رفع عیب تأخیر ورزد، فرمایش دهنده می تواند عیب را رفع نموده مصارف را از صنعتگر مطالبه نماید.

ماده (۱۵۱۵):

فرمایش دهنده برای رفع عیب مندرج ماده (۱۵۱۴) این قانون مدت مناسبی را تعیین میکند باتوضیح اینکه اگر در موعد معین عیب عایده رفع نگردد، شی را مسترد میدارد، بعد از گذشت مهلت معینه فرمایش دهنده میتواند از مقابله رجوع نموده و یا تنزیل قیمت را متناسباً مطالبه کند.

ماده (۱۵۱۶):

اگر فرمایش دهنده شی فرمایش داده شده را درحالیکه عیب داشته باشد فهمیده تسلیم شود، حق رجوع را بر صنعتگر ندارد. مگر اینکه خیارعیب را بخود شرط گذاشته باشد.

ماده (۱۵۱۷):

(۱) قیمت شی فرمایش داده شده در وقت تسلیم شدن قابل تادیه می باشد، مگر اینکه موافقه طوری دیگری صورت گرفته باشد.

(۲) اگرشی فرمایش داده شده جزوار قابل تسلیمی باشد، قیمت آن در برابر تسلیمی هر جزء قابل تادیه می باشد.

ماده (۱۵۱۸):

(۱) اگرشی ساخته شده قبل از تسلیمی آن به فرمایش دهنده تلف شود، صنعتگر ضامن آن شناخته میشود.
(۲) اگر شی مذکور در زمانی تلف گردد که مدت معینه ختم شده، و صنعتگر بفرمایش دهنده اخطار داده تا شی ساخته شده را تسلیم شود، و او بدون موجب، تأخیر بعمل آورده باشد، صنعتگر مسئول شناخته نمیشود، مگر اینکه اتلاف به سبب قصور صنعتگر و یا اجیران وی صورت گرفته باشد.

مبحث پنجم

چگونگی عقد استصناع در بانکداری اسلامی

عقد استصناع عقد جدید نبوده بلکه از قبل بالاثراً اجتهاد مجتهدین کرام در شریعت اسلامی وجود داشته که در بخش مشروعیت این عقد اشاراتی به موضوع قبلاً داشتیم، اما در عصر معاصر با تطور زمان و ایجاد معاملات به شکل جدید خصوصاً در معاملات بانکداری اسلامی عقد استصناع نیز در زمره و صنف عقود و معاملات بنوک اسلامی قرار گرفته که در مورد کنفرانس های اسلامی از جانب مجامع فقهی در خصوص آن بحث های صورت گرفته است که قرار ذیل به تصمیم مجمع فقهی سازمان بین المللی همکاری های اسلامی در مورد عقد استصناع اشاره خواهیم نمود:



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

تصميم شماره ٦٥ (٧/٣)

در مورد عقد استصناع

سازمان بین المللی همکاری های اسلامی

مجمع فقه اسلامی

مجلس مجمع فقه اسلامی منعقدہ دورہ ہفتم در شهر جدہ کشور عربستان سعودی کہ از تاریخ ٧ الی ١٢ ذوالقعدة سال ١٤١٢ هـ ق موافق به ٩ الی ١٤ می / ١٩٩٢ م صورت گرفته، بعد از بحث های وارده در مجموع علی الخصوص موضوع عقد استصناع و بعد از استماع مناقشات کہ در اینمورد بحث شد، با در نظر داشت مقاصد شریعت اسلامی، مصلحت مردم و قواعد فقهی در عقود و تصرفات، بادرک اهمیت عقد استصناع در رشد صنعت و باز نمودن راه های وسیع برای تمویل اقتصاد اسلامی تصمیم ذیل اتخاذ گردید:

تصمیم قرار ذیل است:

- ١- عقد استصناع عبارت از عقد است کہ بالای عمل و عین به ذمت منعقد میگردد، طرفین عقد ملزم به رعایت ارکان و شروط آن میباشد.
- ٢- در عقد استصناع آنچه در ذیل ذکر میگردد شرط است:
 - أ) بیان جنس، نوع، اندازه و اوصاف خواسته شده جنس.
 - ب) زمان باید معین گردد.
- ٣- در عقد استصناع جائز است تأجیل تمام ثمن و یا به اقساط معین در زمان معین.
- ٤- جواز دارد در عقد استصناع گذاشتن شرط جزائی بمقتضای آنچه عاقدین توافق مینمایند بدون آنکہ ظلم صورت گیرد.^{٢٠}

براساس تصمیم مجمع بین المللی فقه اسلامی عقد استصناع در معاملات معاصر مجاز بوده البته تحت شروط که فقه اسلامی مد نظر گرفته است که قبلاً به آن اشاره شد و همچنان مجمع نیز به تحقق آن شروط تأکید نموده است.

عقد استصناع مانند سایر عقود در معاملات و تمویل معاصر بانکداری اسلامی به کثرت صورت میگیرد که میتوان به طرق ذیل آنرا در تمویل بانکداری اسلامی انجام داد تا معاملات بانکداری از سیستم ربوی به معاملات اسلامی تعویض گردد بنابراین یک بانک اسلامی می تواند استصناع را در عملیات تامین مالی خود به یکی از دو طریق ذیل اعمال کند:

اول: بانک به عنوان یک مستصنع (درخواست دهنده صنعت):

بانک در این مورد به عنوان یک مستصنع میباشد، به این معنی که بانک منحصراً متقاضی در محصولات صنعتی دخالت می کند، از تولید کنندگان با مشخصات و وصف معین طبق قرارداد اجناس تولیدی را میخرد و به آنها امکان میدهد تا از منابع مالی بهره مند شوند و نیازهای نقدی عملیاتی آنها تکافؤ گردد، به این صورت زمینه فروش محصولات صنعتگران ممکن میگردد.

به این طریق بانک میتواند تقاضای تولید محصولات را برای خود نماید و سپس آنها را به فروش، اجاره،

مشارکت و یا به طریق وکالت به جانب دیگری معامله نماید.^{۲۱}

این طریق مفیدیت های ذیل را تحقق میبخشد:

۱- انجام دو وظیفه از جانب بانک، تمویل تجارتي تولید کنندگان و خرید محصولات آنها قبل از تولید.

^{۲۱} - محمد بن عبدالله الشباني، وقفات متانية مع عمليات التمويل في البنوك الإسلامية، التمويل عن طريق الاستصناع، مجلة البيان، شماره ۹۳ تاریخ نشر جمادی الاول ۱۴۱۶ مطابق اکتوبر ۱۹۹۵ ص ۵۰.

- ۲- تأمین مالی صنعتگران و جلوگیری از قرضه های ربوی غیر شرعی.
- ۳- سرمایه گذاری بانک در معاملات مشروع شرعی مانند عقد استصناع.
- ۴- رشد صنایع و زمینه دریافت بازار برای تولیدات صنایع.
- ۵- حمایت صنعتگران به طریق مشروع شرعی و قانونی.

دوم: بانک منعیث صنعتگر عمل مینماید:

در این حالت، بانک به عنوان یک تولید کننده و صنعتگر مداخله و عملیات میکند و درخواست های مشتریان را برای ارائه اجناس، سلعه و یا خدمات دریافت می کند، امکانات صنعتی و یا معماری با مشخصات خاص و بودجه کافی ممکن است در دسترس مشتری نباشد.

در این نوع عقد استصناع و عملیات بانکی، بانک برای انجام درخواست از جانب مشتریان با آنها قرارداد را با مشخصات و مقدار منعقد و توافق مینماید، که در اینصورت بانک صانع و مشتری مستصنع میشود.

بانک میتواند در این نوع عملیات عقد استصناع خود، پول را از نزد مشتری به یکبارگی و یا هم به اقساط بگیرد. این نوع از عملیات استصناع بانکی در بانکداری بیشتر و بصورت غالب مروج است.

عقد استصناع با طرق فوق در حال حاضر میتوان بیشتر مورد استفاده قرار گرفت زیرا جهان عصر فعلی جهان صنعتی است و عقد استصناع از نظر مفهوم و تداول آن با عصر فعلی بیشتر سازگاری دارد که میتوان در موارد ذیل از عقد استصناع در بانکداری اسلامی با ربح و مفاد خوبتر در عرصه تجارتنی (صنعت، زراعت و عمران) استفاده نموده که به برخی از موارد قرار ذیل اشاره میگردد:

اول: عقد استصناع در عرصه صنعت:

عقد استصناع در عرصه صنعت بنابر صنایع بزرگ، متوسط و کوچک عصر تکنالوژی فعلی از نظر موضوع عقد در داخل کشورها فرق مینماید، بطور مثال ممکن در افغانستان صنایع بزرگ و فابریکات موتر سازی و طیاره سازی موجود نباشد و در برخی کشورها موجود باشد، اما به سطح خارج مرزی کشورها، شرکتها و اتباع کشوری در عرصه تجارت بین المللی میتوانند به فابریکات بیرون مرزی فرمایشات عقد استصناع بدهند، از اینرو

در عرصه صنعت عصر فعلی بانک میتواند توسط عقد استصناع بنا بر اعتبار پولی که در عرصه ملی و بین المللی کسب نموده است منحه مستصنع (فرمایش دهنده) به فابریکات بین المللی فرمایش بدهد، در حالیکه خود بانک از شرکت ها، اشخاص و افراد فرمایشات تولید امتعه را اخذ نموده باشد چنانچه قبلاً اشاره نمودیم که بانک اسلامی می تواند استصناع را در عملیات تامین مالی خود به یکی از دو طریق منحه مستصنع (درخواست دهنده صنعت) و یا صنعتگر عمل نماید. که در اینمورد طریقه اولی را انجام داده میتواند و منحه وکیل و یا عقد مرابحه به فرمایش را در خصوص عقد استصناع انجام داده میتواند.

این نکته باید واضح گردد که عقود و معاملات بانکداری اسلامی میتوانند بطور تداخلی یکی آغاز گری دیگری باشد بطور مثال بانک میتواند عقد مرابحه با سفارش را با مشتری منعقد نموده و خود بانک غرض تولید جنس و امتعه منحه مستصنع (فرمایش دهنده) با فابریکه و صنعتگر منحه صانع عقد استصناع را منعقد نماید و بعد از تولید جنس آنرا با قیمت اولی، سنجش مصارف و نفع خویش بالای مشتری به عقد مرابحه بفروش برساند.

بنابراین میتوان در عرصه صنعت در مجال صنایع غذایی، صنایع ادویه، صنایع و تجهیزات معاصر تکنالوژی، استخراج معادن از عقد استصناع قرار ذیل استفاده نمود:

۱- در عرصه صنایع غذایی:

سابق در عرصه مواد غذایی خصوصاً مواد زراعتی غذایی عقد استصناع منعقد نمی گردید، لیکن در عصر فعلی مواد غذایی خصوصاً میوه جات، سبزیجات، گوشت توسط صنایع غیر از حالت اصلی و طبعی به حالات دیگری پروسس و تغییر میگردد که در این نوع تغییرات توسط فابریکات صنعتگر مواد غذایی را تولید و فروشگاه های مواد غذایی منحه مستصنع در عقد استصناع با آنها قرارداد مینمایند و یا هم ممکن فروشگاه ها پول نقد برای خرید مواد غذایی نداشته باشند و یا آنها را از بیرون کشور وارد نمایند در اینصورت بانک های اسلامی توسط عقد استصناع میتوانند به فابریکات صنعتی مواد غذایی فرمایش داده و بانک منحه مستصنع عمل نماید و فابریکات مواد غذایی را تولید نموده، بانک آنها را خریداری نموده و به عقد مرابحه با ذکر قیمت اولی همراه مصارف و نفع خویش بالای فروشگاه ها به عقد مرابحه به فرمایش قسط وار به فروش برساند.

در این مثال میتوان اهداف تجارتي را از جانب فابريکه، بانک و مغازه های فروش مواد غذائي دريافت نمود، زيرا فابريکه مواد غذائي را بدون فرمايش و بازار فروش توليد نمي نمايد، بخاطر يکه مواد غذائي تاريخ انتها دارد و يا هم سريع الفساد ميباشند از اينرو توليد خويش را براساس فرمايش و بازار فروش انجام ميدهند، که مستصنع و فرمايش دهنده توسط عقد استصناع از اين نوع فابريکات طلب صنع و توليد مينمايد و براساس فرمايش فابريکه جنس را توليد مينمايد که با اين نوع معامله تجارت مطمئن و منتفع صورت ميگيرد، از اينرو بانک ميتواند با عقد استصناع نقش خوبي را ايفاء نموده و بعد مواد غذائي توليد شده را از نزد صانع تسليم شده بالاي مغازه ها و سوپر مارکيت های مواد غذائي به عقد مراهبه به طور نقد و يا اقساط بفروش برساند.

۲- در عرصه صنائع دوائي:

صنائع دوائي در عصر فعلي بطور معاصر آن توليد ميگردد و يکي از جمله صنعت های پر درآمد در جهان محسوب ميگردد از اينرو در اين خصوص نيز ميتوان به عقد مراهبه و استصناع بانک ها و شرکت ها مبادرت ورزند چنانچه يکي از شرکت های کشور سعودي بنام جمجوم فارما (Jamjoom Pharma) که در سال ۲۰۰۳ توسط شرکت اسلامي برای توسعه بخش خصوصي تامين مالي شد، بانک توسعه اسلامي به مبلغ ۳'۲۳ ميليون دالر تمويل مالي برای شرکت بطور مراهبه و استصناع قرار ذيل صورت گرفت:

- طور مراهبه ۱'۳۶ ميليون دالر برای خريد وسائل طبي .
- طور استصناع ۱'۸۷ ميليون دالر برای توليد محصولات دوائي.^{۲۲}

۳- در عرصه صنائع و تجهيزات تکنالوژي معاصر:

تجهيزات تکنالوژي معاصر مانند خريد طيارات از شرکت های مشهور جهان و سائر تکنالوژي معاصر بيشتر در جهان با اعتماد بانکي خريداري ميگردد، از اينرو عقد استصناع از طريق بانک های که در جهان مشهور اند و بخش های بانکداري اسلامي دارند، عقد استصناع با آن فابريکات در خصوص تکنالوژي معاصر منعقد شده ميتواند.

برخي از شرکت ها و فابريکات تکنالوجي معاصر بدون فرمايش در جهان امروزي توليد نمي کنند، زمانیکه که براي شان فرمايش توليد از جانب مستصنع داده شود اقدام به توليد جنس مينمايند.

در مورد صنایع و تکنالوژی معاصر میتوان مثال اجازه‌ی بورد شرعی شرکت بانکداری راجحی را داد، این شرکت برای خرید شش پروند طیاره بوینگ ۴۰۰-۷۳۷ B را بعقد استصناع همراه شرکت صنعتی طیارات متذکره منعقد نمود، شرکت راجحی منحیث مستصنع همراه شرکت طیاره بوینگ منحیث صانع عقد استصناع را برای خریداری طیارات بوینگ برای شرکت هوایی منعقد و امضاء نموده بود.^{۲۳}

چون تکنالوژی معاصر و بزرگ از جانب کشورهای سرمایه‌داری تولید میگردد، بنابراین بورد شرعی شرکت بانکداری راجحی در عملیات بانکداری اسلامی بطور عقد استصناع برای شرکت اجازه داده است تا غرض خرید طیارات عقد استصناع را با شرکت طیارات بوینگ منعقد نماید.

دوم: در عرصه زراعت:

در عرصه زراعت عقد استصناع نیز دارای ربح تجارتي مشروع میباشد که اشخاص حقیقی و حکمی میتوانند در عرصه وسائل آب رسانی برای زراعت، حفر چاه‌ها، وسائل و تکنالوژی برای زراعت عقد استصناع را منعقد نمایند، که به این طریق بانک فرمایش مشتریان را بالاتر عقد مرابحه به فرمایش گرفته و بانک با شرکت‌ها، فابریکات و صنعتگران عقد استصناع را منحیث مستصنع و فرمایش دهنده منعقد نموده و بعد از تصنع و تجهیز وسائل آب رسانی، حفر چاه‌ها و وسائل تکنالوژی زراعتی بانک آنها را بالای مشتریان و دهاقین به قیمت اولی و افزود مصارف و فایده خویش توسط عقد مرابحه به فرمایش بطور نقد و یا هم بطور اقساط معین طبق توافق بفروش میرساند.

بانک اسلامی زراعتی برای چنین معاملات مانند، عقد مرابحه به فرمایش، عقد سلم و عقد استصناع با مفاد مشروع شرعی، عملیات خویش را انجام داده میتواند که به این طریق از ربا و قرضه‌های ربوی که برای زراعین داده میشود جلوگیری و بانک میتواند برای زراعین عقود مشروع شرعی را با معاملات متذکره پیشنهاد و منعقد نماید.

سوم: در عرصه عمرانات:

شرکت‌های ساختمانی بیشتر در عقد استصناع منحیث صنعتگر عملیات تجارتي خود را انجام داده میتوانند، بانک‌ها میتوانند ملکیت‌های عقاری خویش را به مشارکت بطور شرکت عنان و مفاوضه همراه شرکت‌ها و

^{۲۳} - مجموعه فتاوی‌الهیة الشرعية بشركة الراجحی المصرفية للاستثمار، قرار رقم ۸۰ منشورة علی موقع فتاوی‌الإسلام.

فابریکات ساختمانی منعقد نماید و یا هم ملکیت های عقاری خویش را غرض اعمار منازل رهايشی، تعمیرات تجارتي مارکیت ها، اعمار تفریح گاه ها و سایر عمرانات منحيث مستصنع و فرمایش دهنده به شرکت های ساختمانی منحيث صنعتگر بالائر عقد استصناع منعقد نماید.

بانک ها برای نفع بیشتر میتوانند نسبت خصوصیت هر عقد بانکداری اسلامی چندین عقد را در عملیات مشترک در یک پلان منظم اقتصادی انجام دهند، عملیات بانکی در عرصه بانکداری اسلامی این خصوصیات را مجاز میداند چنانچه بانک میتواند به عقد استصناع بالای ملکیت های عقاری خویش غرض ایجاد عمرانات منحيث مستصنع و فرمایش دهنده با شرکت های ساختمانی منحيث صنعتگر انجام داده و بعد آن عمرانات و ساختمان ها را به عقد اجاره، اجاره به تملیک و یا به فروش برساند که در این نوع عملیات بانک نفع بیشتر بدست میآورد.

در افغانستان از قبل بانک تحت عنوان بانک رهنی و تعمیراتی دولتی وجود داشت، که فعلاً منحل گردیده و وجود ندارد، این بانک در سال ۱۳۲۶ هـ ش نخست تحت عنوان کسه عمرانی به سرمایه ۳۰ میلیون افغانی تأسیس گردید و بعد در سال ۱۳۳۶ هـ ش به بانک رهنی و تعمیراتی تغییر نام نمود.

عملیات و فعالیت های بانک رهنی و تعمیراتی سهمگیری در عمرانات و تعمیر های مدرن آنزمان و دادن قرضه به مامورین و سائر اشخاص بود.

سهمداران این بانک وزارت مالیه، وزارت کار و امور اجتماعی، اتاقهای تجارت، بانک ملی افغان بود.

هدف از ذکر مختصر در مورد بانک رهنی و تعمیراتی این بود، هرگاه این بانک دوباره احیاء و به فعالیت آغاز نماید، بهترین خدمات بانکی اسلامی را در عرصه مسکن برای مامورین دولت و شهروندان انجام داده میتواند، این بانک میتواند با شرکت های ساختمانی عقد استصناع را منحيث مستصنع و فرمایش دهنده انجام داده، مساکن را بعد از عمران و تهیه آن بالای مامورین دولت و شهروندان بطور مراحه به اقساط یا اجاره به تملیک بفروش رسانیده و یا هم به اجاره بدهد.

گرفته شده از کتاب: (تنویر الافکار در معاملات بانکداری اسلامی)

مؤلف: دکتور محمد ظریف علم (ستانکزی)