

اوراق بهادار استصناع؛ مکمل بازار سرمایه ایران^۱

حجه الاسلام دکتر سیدعباس موسویان*

چکیده

خلاً حاصل از حذف اوراق قرضه و قابلیت عقود اسلامی برای طراحی ابزارهای مالی متنوع، اندیشمندان مسلمان را به فکر طراحی ابزارهای مالی اسلامی انداخت؛ به طوری که در زمان کوتاهی انواعی از ابزارهای مالی اسلامی طراحی شد.

این مقاله به تبیین یکی از این ابزارها که براساس قرارداد استصناع طراحی شده است، می پردازد. در این ابزار وزارتخانه‌ها، شهرداری‌ها، شرکتهای دولتی و خصوصی که درصدد احداث یا توسعه پروژه خاصی هستند و اعتبار مالی لازم برای انجام آن را ندارند، طبق قرارداد استصناع، ساخت پروژه مذکور را به سازنده (پیمانکار) سفارش می دهند و در مقابل متعهد می شوند بهای پروژه را طبق زمان بندی مشخص به سازنده بپردازند.

در این روش سفارش دهنده به جای پرداخت پول، متناسب با پیشرفت پروژه، اوراق بهادار استصناع می پردازد. سازنده می تواند در سررسید، وجه اسمی اوراق را دریافت کند یا قبل از سررسید، اسناد را در بازار ثانوی بفروشد.

اوراق استصناع از نوع ابزارهای مالی انتفاعی با نرخ بازدهی معین محسوب می شود و انتظار این است که از سوی افراد ریسک گریز و متعارف مورد استقبال قرار گیرد. این ابزار افزون بر توسعه سرمایه گذاری، وسیله مناسبی برای سیاست مالی و پولی نیز محسوب می شود و برای بازار سرمایه ایران که با کمبود ابزارهای مالی متنوع مواجه است، مکمل خوبی می باشد.

واژگان کلیدی: استصناع، خرید دین، اوراق استصناع، بازار اولیه و ثانویه، سیاست مالی و پولی.

طبقه بندی JEL : G19 و E44 .

۱ - تاریخ دریافت: ۸۶/۴/۲۵؛ تاریخ تأیید: ۸۶/۸/۱۰ .

* عضو هیئت علمی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی؛ Samosavian@yahoo.com .

مقدمه

بعد از اجرای موفق ایده بانکداری بدون ربا در بسیاری از کشورهای اسلامی، اندیشمندان مسلمان برای طراحی ابزارهای مالی اسلامی مطالعات گسترده‌ای در خصوص عقود شرعی و قابلیت آنها برای ابزارسازی انجام دادند تا ابزارهای مالی مناسبی جهت جایگزینی ابزارهایی چون اوراق قرضه - که مبتنی بر قرض با بهره و ربا هست - طراحی نمایند (پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۸۵).

متفکران مسلمان توانستند با رعایت ضوابط و مقررات شرعی و متناسب با نیازهای واقعی جوامع اسلامی، انواعی از ابزارهای مالی را طراحی نمایند (صبری‌هارون، ۱۹۹۹، ص ۳۰۶). این ابزارها که برخی بیش از ده سال تجربه عملی دارد و برخی در حد فکر و ایده است به سه گروه عمده تقسیم می‌شوند: گروه نخست ابزارهای مالی غیرانتفاعی هستند که براساس قراردادهای خیرخواهانه اسلامی چون قرض الحسنه و وقف طراحی شده‌اند؛ گروه دوم ابزارهای مالی انتفاعی با نرخهای سود انتظاری هستند که بر اساس قراردادهای مشارکتی چون شرکت، مضاربه، مزارعه و مساقات طراحی شده‌اند؛ گروه سوم ابزارهای مالی انتفاعی با نرخهای سود معین هستند که براساس قراردادهایی چون مرابحه، اجاره و استصناع طراحی شده‌اند. این مقاله درصدد است یکی از این ابزارها را که براساس قرارداد استصناع طراحی شده است را تبیین نماید. از آنجا که قرارداد استصناع در متون فقهی و حقوقی رایج کمتر بحث شده و تا حدودی ماهیت آن اختلافی است، بخش اول مقاله به بررسی فقهی و حقوقی این قرارداد و سپس به بررسی کارکردی این ابزار مالی پرداخته می‌شود.

۱. تعریف استصناع

واژه استصناع در لغت از باب استفعال از ماده «صنع» است و به معنای طلب و سفارش ساخت چیزی را می‌گویند (عمید، ۱۳۶۳). در استعمال عرفی عبارت از این است که کسی، ساخت شی‌ای را از صنعت‌گر یا هنرمندی تقاضا کند (زحیلی، ۱۴۱۲، ج ۷، جزء ۲، ص ۲۶۱) و در اصطلاح فقهی و حقوقی، استصناع قراردادی است که

به موجب آن یکی از طرفین قرارداد، در مقابل مبلغی معین، ساخت و تحویل چیز مشخصی را در زمان معین نسبت به طرف دیگر به عهده می‌گیرد (الزرقاء، ۱۴۱۲ ق، ج ۷، جزء ۲، ص ۳۰۷).

سه نکته در قرارداد استصناع وجود دارد که آن را از سایر قراردادها متمایز می‌کند، نخست اینکه در قرارداد استصناع به طور معمول کالای مورد نظر (موضوع استصناع) موجود نیست و سازنده در آینده آن را ساخته و تحویل می‌دهد؛ دوم اینکه در قرارداد استصناع تهیه مواد اولیه و لوازم کار به عهده سازنده است و سوم اینکه به طور معمول در زمان انعقاد قرارداد کل ثمن پرداخت نمی‌شود؛ بلکه بخشی از آن پیش‌پرداخت می‌شود و بخش دیگر به صورت دفعه‌ای یا تدریجی تا زمان تحویل کالا پرداخت می‌شود و گاهی بخشی از آن به بعد از تحویل کالا هم منتقل می‌شود.

۲. انواع استصناع

سفارش ساخت کالا و احداث پروژه به چند صورت قابل تصور است که از جهت تحلیل فقهی و حقوقی متفاوت هستند و در عرف دیدگاه‌های متفاوت دارند.

الف. سفارش ساخت و تکمیل کالا یا طرح نیمه تمام: گاهی تولیدکننده‌ای بدون سفارش، شروع به تولید کالایی چون قالی، ساختمان، کشتی و هواپیما نموده و مراحل از تولید را پشت سر می‌گذارد، آنگاه مشتری تقاضا می‌کند تا تولیدکننده آنرا تکمیل و تحویل او دهد، تولیدکننده تقاضا را پذیرفته و طبق قرارداد متعهد می‌شود در مقابل مبلغ معینی (که به توافق می‌رسند) کالا را ساخته و در زمان معینی تحویل مشتری دهد و مشتری نیز متعهد می‌شود بهای کالا را طبق قرارداد بپردازد.

ب. سفارش ساخت تعدادی کالای معین: گاهی شخص حقیقی یا حقوقی به تولیدکننده‌ای سفارش تولید و تحویل تعداد معینی از کالای تولیدی را می‌دهد. برای مثال مدرسه‌ای یا دانشگاهی به کارخانه تولیدکننده محصولات چوبی، سفارش ساخت هزار عدد میز و صندلی می‌دهد یا شرکت حمل و نقلی سفارش ساخت پنجاه دستگاه کامیون به کارخانه خودروسازی می‌دهد و سازنده طبق قرارداد متعهد می‌شود در مقابل مبلغ

معین در زمان مشخص کالاهای مورد نظر را ساخته و تحویل دهد.

ج. سفارش ساخت کالا با ویژگی‌های خاص: گاهی سفارش‌دهنده، سفارش ساخت تعدادی کالا با ویژگی‌های خاص را به سازنده می‌دهد. برای مثال شرکت کشتی‌رانی یا هواپیمایی سفارش ساخت کشتی یا هواپیمای با ظرفیت، قدرت، دکوراسیون، رنگ و نقش خاصی را به کارخانه کشتی‌سازی یا هواپیماسازی می‌دهد و سازنده طبق قرارداد متعهد می‌شود در مقابل مبلغ معین در زمان مشخص کالای مورد نظر را ساخته و تحویل دهد.

د. سفارش احداث طرح و پروژه‌ای با ویژگی‌های خاص: گاهی سفارش‌دهنده، سفارش احداث و تحویل طرح و پروژه خاصی با مشخصات معین را به سازنده می‌دهد. برای مثال دولت سفارش ساخت دانشگاه، دبیرستان یا بیمارستانی را در مکان معین با مساحت و ظرفیت و مصالح مشخص به پیمانکاری می‌دهد یا ساخت جاده، اتوبان یا فرودگاهی را به شرکت راه و ساختمانی سفارش می‌دهد و سازنده طبق قرارداد متعهد می‌شود طی زمان‌بندی معین در مقابل مبلغ معین، طرح مورد نظر را ساخته و تحویل دهد.

ه. سفارش ساخت برای انجام معامله: گاهی سفارش‌دهنده قراردادی با سازنده منعقد نمی‌کند، ولی در عین حال سفارش ساخت تعدادی کالا را می‌دهد و با سازنده قرار می‌گذارد که در صورت ساخت براساس قیمت معین از او خریداری کند.

۳. ارکان قرارداد استصناع

از دید عرف و عقلا غیر از صورت پنجم بقیه صور استصناع، قرارداد مالی محسوب شده و طرفین قرارداد متعهد به انجام مسئولیتهای خود هستند. در این صور ارکان قرارداد استصناع عبارتند از:

الف. طرفین قرارداد: در قرارداد استصناع، سفارش‌دهنده را مستصنع و سازنده (صاحب صنعت) را صانع می‌گویند. مستصنع و صانع باید شرایط عمومی قراردادها مانند بلوغ، عقل، قصد و اختیار را دارا باشند. همان‌طور که بیان خواهد شد در ماهیت فقهی

قرارداد استصناع اختلاف نظر است، برخی از فقها آن را در قالب یکی از قراردادهای خاص می‌دانند و برخی آن را قرارداد مستقلی می‌پندارند. اگر قرارداد استصناع را یکی از قراردادهای خاص بدانیم، افزون بر شرایط عمومی قراردادها، طرفین باید شرایط قرارداد خاص را نیز دارا باشند.

ب. عقد (ایجاب و قبول): قرارداد استصناع همانند سایر قراردادها نیاز به ابراز اراده و رضایت طرفین به انعقاد قرارداد دارد و همانند همه قراردادها می‌تواند به صورت گفتاری، نوشتاری و عملی (با دادن پیش‌پرداخت) منعقد شود و هر لفظ و عملی که مقصود طرفین را برساند کفایت می‌کند.

ج. عوضین: کالا یا پروژه‌ای که سفارش ساخت آن داده می‌شود، موضوع قرارداد «استصناع یا مستصنع» می‌گویند. صانع باید افزون بر جواز ساخت از جهت شرعی و قانونی، قابلیت ساخت و تحویل در موعد مقرر را داشته باشد. در قرارداد استصناع باید زمان، مکان و کیفیت تحویل کالا معین باشد.

مبلغی که در قبال ساخت و تحویل کالا یا پروژه پرداخت می‌شود را «عوض استصناع» می‌گویند. عوض در قرارداد استصناع همانند سایر قراردادها به طور معمول پول رایج است؛ اگرچه می‌تواند کالا و خدمت نیز باشد. اگر قرارداد استصناع قرارداد خاص باشد، عوضین افزون بر شرایط عمومی باید شرایط عوضین قرارداد خاص را نیز داشته باشند.

برای مثال اگر استصناع را از مصادیق بیع سلف بدانیم، به اعتقاد مشهور فقها بایستی کل عوض در مجلس عقد پرداخت شود. اما اگر استصناع را قرارداد مستقلی بدانیم، عوض استصناع می‌تواند به صورت نقد، نسیه یا ترکیبی از نقد و نسیه باشد؛ یعنی بخشی از آن به صورت پیش‌پرداخت و بخش دیگر طبق زمان‌بندی معین یا براساس پیشرفت تولید کالا پرداخت شود.

۴. دیدگاه‌های فقهی و حقوقی درباره قرارداد استصناع

قرارداد استصناع قرارداد مستحدث و جدیدی نیست. از آن زمان که برخی از انسانها

به دلایل مختلف در زمینه‌های خاص چون آهنگری، مسگری، نجاری، قالی‌بافی و... مهارت خاص پیدا کردند، قرارداد استصناع شکل گرفت. مطابق برخی نقلها، پیامبر اکرم ﷺ سفارش ساخت منبر به نجار(همدانی، ص ۲۳۱) و انگشتر به زرگر (ابن حجر، ج ۲، ص ۲۷۹) داده بودند. نهایت اینکه موضوع قرارداد استصناع به تناسب پیشرفت صنعت و تکنولوژی توسعه یافته است. اگر زمانی موضوع این قرارداد سفارش ساخت شمشیر، سپر، ظروف مسی و چوبی و کالاهای مشابه بود، امروزه شامل انواع سفارش ساخت کشتی، هواپیما، قطار، فرودگاه، سد، بزرگراه، بیمارستان، دانشگاه و کالاهای و طرحهای مشابه می‌شود.

صاحب‌نظران فقه و حقوق در ارتباط با قرارداد استصناع به دو گروه تقسیم می‌شوند: گروهی چون شیخ طوسی به ظاهر قائل به بطلان قرارداد استصناع هستند، در مقابل، گروه دوم اصل قرارداد استصناع را به‌عنوان قرارداد صحیح می‌پذیرند، لکن در تبیین ماهیت آن اختلاف‌نظر دارند. در این قسمت ابتدا، دیدگاه قائل به بطلان استصناع بررسی و سپس دیدگاه‌های قائل به صحت تبیین و آنگاه دیدگاه مختار توضیح داده می‌شود.

۱-۴. استصناع قرارداد باطل

شیخ طوسی در کتاب خلاف در باب سلم درباره استصناع می‌گوید:

«استصناع چکمه، کفش، ظروف چوبی، رویی، مسی و آهنی جایز نیست... دلیل ما بر بطلان استصناع آن است که به اجماع مذهب ما، بر سازنده واجب نیست که شیی ساخته‌شده را تسلیم مشتری کند، می‌تواند آن را تسلیم کند یا بهای آن را برگرداند. از طرفی، قبض آن بر مشتری لازم نیست و اگر این عقد صحیح می‌بود، نباید چنین باشد. دلیل دیگر ما بر بطلان استصناع آن است که کالای سفارش‌شده، مجهول بوده و نه عین آن معلوم است و نه صفت آن و عقد بر مجهول، ممنوع است» (الطوسی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۹۳). ایشان در باب سلم کتاب مبسوط نیز همین مضمون را دارند (الطوسی، ج ۲، ص ۱۹۴).

با قطع نظر از دلایل شیخ طوسی بر بطلان قرارداد استصناع، برخی از فقها دیدگاه شیخ طوسی را به‌معنای بطلان قرارداد نمی‌دانند؛ بلکه معتقدند مقصود شیخ نفی لزوم قرارداد است است نه بطلان اصل قرارداد. طبق این نظر، به‌عقیده شیخ طوسی قرارداد استصناع عقدی جایز است و طرفین قرارداد می‌توانند آن را فسخ کنند یا به آن ملتزم

باشند. «ابن حمزه» در این باره می‌گوید:

«کسی که سفارش ساخت چیزی را بدهد و صانع آنرا بسازد، سازنده مخیر است که کالای ساخته‌شده را تسلیم مستصنع کند یا تحویل ندهد، همچنین مستصنع مخیر بین قبول و رد کالای ساخته‌شده می‌باشد» (ابن حمزه، ۱۴۰۸ ق، ص ۲۵۷).

نظیر این دیدگاه را «ابن سعید» دارند (ابن سعید، ۱۴۰۵ ق، ص ۲۵۹). صاحب کتاب موسوعه‌الفقهیه نیز در جمع بین نظرات شیخ طوسی، ابن حمزه و ابن سعید می‌گوید: «ممکن است در توجیه کلام شیخ به‌خصوص با توجه به دو قول ابن حمزه و ابن سعید بگوئیم که احتمال دارد استصناع را به‌عنوان تعهدی ابتدایی (مواعده) محسوب کنیم که در آن صورت لازم‌الوفا نیست؛ اما می‌توان در ضمن عقد لازم خارج آن را واجب‌الوفا کرد» (انصاری، ۱۴۱۸ ق، ص ۳۲۴).

افزون بر این، ادله شیخ نیز دچار اشکال است. دلیل اول ایشان بر بطلان استصناع، اجماع است و این در حالی است که خیلی از فقهای سابق و معاصر ایشان متعرض این مسئله نشده‌اند، علاوه بر این تمسک به اجماع منقول برای اثبات چنین مسائلی مشکل است. دلیل دوم ایشان ادعای مجهول بودن عین و اوصاف کالایی است که سفارش ساخت آن داده می‌شود. در جواب این استدلال می‌گوئیم طرفین قرارداد استصناع می‌توانند خصوصیات کالای سفارش‌شده را از همه‌ی جهات معین کنند؛ به‌طوری‌که هیچ ابهامی در آن نباشد. همان‌طور که در غالب قراردادهای استصناع (به‌ویژه در عصر حاضر) خصوصیات دخیل در قیمت و منافع طرفین به‌دقت تعیین و در قرارداد ثبت می‌شود. بنابراین دلیلی بر بطلان قرارداد استصناع به‌طور مطلق نداریم. هرچند ممکن است برخی مصادیق آن به‌دلیل فقدان برخی شرایط باطل باشد.

۲-۴. استصناع قرارداد صحیح

بیشتر فقهایی که قرارداد استصناع را مطرح نموده‌اند، اصل آنرا صحیح می‌دانند. هرچند در تعیین ماهیت و اینکه قراردادی لازم یا جایز است اختلاف نظر دارند. در این قسمت مهمترین دیدگاه‌ها در این زمینه تبیین می‌شود.

۱-۲-۴. استصناع مصادیقی از بیع سلف

برخی از فقهای شیعه و فقهای شافعی، حنبلی و مالکی از اهل سنت، استصناع را از فروع و مصادیق بیع سلف (سلم) می‌شمارند؛ یعنی سفارش‌دهنده

کالای کلی‌ای را با اوصاف معینی از سازنده می‌خرد و سازنده متعهد می‌شود تا سررسید معین کالا را ساخته و تحویل دهد. این گروه از فقها تمام احکام و ضوابط بیع سلف را در استصناع جاری می‌دانند و به همین جهت معتقدند استصناع قراردادی لازم است و همانند سایر مصادیق سلف بایستی کل مبلغ ثمن در مجلس عقد پرداخت شود (زحیلی، ۱۴۱۲ ق) تنها فقهای مالکیه همانند سایر مصادیق سلف تأخیر در پرداخت تا سه روز را جایز می‌شمارند (الزرقاء، ۱۴۱۲ ق).

اگر قرارداد استصناع را از باب سلف بدانیم، شرط پرداخت کل ثمن در مجلس عقد، موجب محدودیت قرارداد استصناع می‌شود؛ چراکه در غالب موارد استصناع در حین عقد بهایی پرداخت نمی‌شود یا مقدار کمی از بها پرداخت می‌شود در نتیجه غالب موارد استصناع باطل و فاسد خواهد بود.

آیت‌الله مؤمن از فقیهان شیعه بین انواع قراردادهای استصناع فرق گذاشته و معتقد است گاهی سفارش‌دهنده و سازنده پس از گفتگو میان خود قراردادی امضاء می‌کنند که مطابق آن سازنده مقداری از مصنوعات خود را به‌ازای قیمت مشخص به ملکیت سفارش‌دهنده درآورد و سفارش‌دهنده هم این ملکیت را می‌پذیرد. در این صورت، تملیک و تملک قطعی و بدون حالت انتظار صورت می‌گیرد. در این مورد تفاوتی بین این قرارداد و بیع ملاحظه نمی‌شود، جز اینکه کالای مورد معامله هنوز ساخته نشده و خریدار شرط کرده است که فروشنده آنرا بسازد و تحویل دهد و انضمام این شرط باعث خارج شدن قرارداد از حقیقت بیع نمی‌شود. در این صورت باید تمامی شرایط صحت بیع، خواه شرایط خود عقد، خواه شرایط عوضین یا شرایط فروشنده یا خریدار را دارا باشد. پس اگر کالای مورد سفارش موضوعی مشخص باشد، نظیر سفارش ساخت کشتی مشخصی که مقداری از آن ساخته شده است، این سفارش در حقیقت فروختن یک کالای موجود است. مشروط بر اینکه مقدار باقی‌مانده به آن ضمیمه شود. این نوع معامله بیع شخصی است.

اما اگر کالای مورد سفارش امری کلی باشد، مصداق بیع سلم خواهد بود که طبق نظر

مشهور فقیهان، تمام شرایط بیع سلم از جمله دریافت کل ثمن، باید موجود باشد. سپس ایشان به بررسی ادله اشتراط پرداخت ثمن در مجلس عقد در قرارداد سلف می‌پردازند و همه را مخدوش می‌دانند و معتقدند همه ادله اشتراط قابل جواب است (مؤمن، ۱۳۷۶، ص ۲۰۷-۲۳۹). در این قسمت خلاصه آن استدلالها و جوابها را بیان می‌کنیم.

الف. عدم صدق عنوان سلف یا سلم بدون پرداخت عوض: استدلال شده

است که سلف و سلم در لغت و عرف در مقابل نسبه است و از دید

عرف، سلف به آن است که تحویل کالا در آینده و تحویل ثمن نقد

باشد؛ پس بدون این شرط اصلاً عنوان سلف صدق نمی‌کند تا

مشمول روایات بیع سلف بوده و صحیح باشد.

در جواب می‌توان گفت: نخست، از دید عرف قوام بیع سلف به این است که برخلاف بیع نقد و نسبه، مبیع در آینده تحویل داده شود؛ اما اگر پرداخت ثمن به صورت نقد یا نسبه باشد مدخلیتی در صدق عنوان سلف ندارد؛ دوم، بر فرض آنکه پرداخت نقدی ثمن شرط صدق سلف باشد در نتیجه استصناع از عنوان سلف خارج می‌شود، این موجب فساد و بطلان نمی‌شود چرا که عمومات صحت بیع از قبیل «احل الله البیع» (قرآن کریم، سوره بقره، آیه ۲۷۵) و «تجارة عن تراض» (قرآن کریم، سوره نساء، آیه ۲۹) برای صحت استصناع کفایت می‌کند.

ب. روایت «لایباع الدین بالدین»: مطابق روایتی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله حضرت فرمودند: «لایباع الدین بالدین» یعنی دین در مقابل دین فروخته نمی‌شود (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۸، ص ۲۹۸).

مطابق این روایت هر بیعی که در آن عوضین (مبیع و ثمن) هر دو مدت‌دار هستند باطل خواهد بود.

در جواب می‌توان گفت: ظاهر بیع دین به دین آن است که مبیع و ثمن یا دست کم مبیع، قبل از انجام معامله دین باشد؛ به این معنا که کسی بخواهد بدهی خود را در مقابل بدهی دیگری معامله کند، بنابراین شامل معامله‌ای که در خود همان معامله، مبیع به صورت دین در می‌آید نمی‌شود و مورد استصناع چنین است و سازنده، بدهی

سابق خود را نمی‌فروشد تا بیع دین صدق کند؛ بلکه مبیع کلی را با اوصاف معین می‌فروشد و بعد از تحقق معامله، تازه مبیع مصداق دین و به‌عهد فروشنده می‌شود. افزون بر این از برخی روایات سلف به‌دست می‌آید که بیع سلف به دین درست است (هاشمی، ۱۳۷۸، ص ۱۴).

ج. روایت «نهی النبی ﷺ عن بیع الکالی بالکالی»: اهل سنت روایتی از پیامبر اکرم ﷺ نقل کرده‌اند که براساس آن حضرت از بیع کالی به کالی نهی کرده‌اند. آن‌جا که در قرارداد استصناع مبیع مدت دار است، اگر ثمن نیز مدت دار شود که به‌طور معمول چنین است، استصناع از مصادیق بیع کالی به کالی خواهد بود. در جواب می‌توان گفت نخست، روایت کالی به کالی از جهت سند تمام نیست؛ دوم، احتمال دارد کالی به‌معنای دین باشد که در این صورت مفاد حدیث با مفاد حدیث «لایباع الدین بالدین» یکی می‌شود (صفی‌پور، ۱۳۷۹ ق، ماده کالی)، در نتیجه پاسخی که در بند قبل گذشت این‌جا نیز مطرح می‌شود.

د. اجماع: گرچه بیشتر فقهای شیعه و اهل سنت برای اثبات شرط پرداخت نقدی ثمن در بیع سلف به اجماع تمسک کرده‌اند؛ اما احتمال مدرکی بودن اجماع و اینکه اجماع‌کنندگان تحت تأثیر ادله دیگر به‌ویژه احادیث نبوی، چنین فتوایی داده‌اند وجود دارد، در نتیجه اجماع به‌عنوان دلیل مستقل قابلیت استناد نخواهد داشت. ه. سیره متشرعه: ادعا می‌شود نه‌تنها سیره متشرعه بلکه سیره عملی تمام مسلمانان بر این بوده است که زمانی معامله سلف را صحیح و قطعی می‌دانستند که خریدار، کل ثمن را در مجلس عقد بپردازد. حتی می‌توان گفت سیره عملی عقلا بر این است که هرگاه عوضین هر دو به‌صورت مدت دار باشد، آن‌را مصداق بیع نمی‌دانند؛ بلکه آن‌را نوعی وعده برای معامله به حساب می‌آورند (هاشمی، ۱۳۷۸، ص ۱۵).

در جواب می‌توان گفت: اول اینکه، سیره عقلا چنین نیست و از زمانهای قدیم به‌ویژه در عصر حاضر معاملاتی که ثمن و مثن هر دو مدت دار هستند، بین عقلا رایج است. در بازارهای نفت، مواد اولیه و محصولات کشاورزی بیشتر معاملات

از نوع قراردادهای آتی است که در آن عوض و معوض هر دو مدت دارند؛ دوم، بر فرض آنکه سیره متشرعه یا مسلمانان چنین باشد، به احتمال زیاد این سیره ناشی از فتاوی فقهاست؛ سوم، بر فرض آنکه سیره متشرعه، مسلمانان و عقلا در قرارداد سلف صحیح و قابل استناد باشد، مسلماً در قراردادهای استصناع و سفارش ساخت، سیره عقلا، مسلمانان و حتی متشرعه بر این است که کل ثمن یا بخش عمده آن بعد از تحویل کالا پرداخت می شود. بنابراین از دیدگاه عقلا و متشرعه یا پرداخت نقدی ثمن شرط صحت بیع سلف نیست یا شرط صحت هر سلفی از جمله استصناع نیست یا استصناع از مصادیق سلف نیست. خلاصه اینکه با هیچ یک از ادله مذکور نمی توان اطلاق و عمومات مثل «احل الله البیع» و «تجاره عن تراض» را نسبت به استصناع تقیید و تخصیص زد.

نکته باقیمانده این است که آیا استصناع با تمام انواع و موارد از مصادیق قرارداد بیع سلف است؟ در پاسخ می توان گفت گرچه نوع دوم از انواع استصناع، جایی که مستصنع سفارش تولید تعدادی از کالاهای معین را می دهد می تواند از نوع بیع سلف باشد؛ اما سایر انواع استصناع به ویژه نوع اول که کالای نیمه ساخته را می فروشد و نوع چهارم که سفارش احداث پروژه خاصی با ویژگی های معین را می دهد، نمی تواند از مصادیق بیع سلف به حساب آید.

۲-۴. استصناع به عنوان بیع مستقل

اکثر فقهای حنفیه از اهل سنت، استصناع را نوع چهارم قرارداد بیع، در مقابل بیع نقد، نسبه و سلف می دانند. آنها می گویند مبیع در قرارداد استصناع کلی در ذمه سازنده نیست؛ بلکه مبیع مشخص است، یعنی مشتری کالایی را که سازنده می سازد و کالایی واقعی است و به صورت مواد اولیه یا به صورت کلی در معین وجود خارجی متعین دارد، می خرد (هاشمی، ۱۳۷۸، ص ۱۶).

این فقها در جواب از حدیث نبوی «لاتبع ما لیس عندک» آنچه نزد تو نیست نفروش که

دلالت بر بطلان بیع شیء معدوم می‌کند، می‌گویند: نخست، روایت ناظر به جایی است که مبیع در خارج شناخته شده نبوده و اطمینانی به تحقق آن در ظرف زمانی خودش نیست؛ دوم، بر فرض شمول روایت بر موارد استصناع، به قاعده استحسان آن را خارج می‌کنیم به این بیان که از یک طرف می‌بینیم مردم مسلمان همانند همه مردم از گذشته تا امروز از قرارداد استصناع استفاده کرده‌اند و از طرفی پیامبر ﷺ می‌فرماید: «لا تجتمع امتی علی ضلاله» و می‌فرماید: «ما رءاه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن و ما رءاه المسلمون قبیحاً فهو عند الله قبیح» نتیجه این می‌شود که استصناع از دایره بطلان بیع معدوم خارج است.

فقه‌های حنفی در لزوم یا جواز قرارداد استصناع اختلاف دارند؛ در حالی که مشهور قدما از فقه‌های حنفی بیع استصناع را جایز می‌شمارند. افرادی چون ابویوسف از قدما و غالب فقه‌های معاصر حنفی قائل به لزوم هستند. ماده ۳۹۲ «المجله» نیز که براساس فقه حنفی تدوین شده بیان می‌دارد:

«زمانی که استصناع منعقد شد هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند از آن رجوع کنند؛ اما در صورتی که کالای ساخته شده خصوصیات کالای سفارش داده شده توسط مستصنع را نداشته باشد مستصنع خیار فسخ دارد» (زحیلی، ۱۴۱۲ ق، ص ۲۴۱).

ابویوسف در استدلال به لزوم استصناع می‌گوید:

«با توجه به اینکه سازنده برای ساخت کالا، هزینه‌های مختلفی مثل مواد اولیه و هزینه فرصت کار را متحمل می‌شود؛ بنابراین عدم لزوم استصناع بعد از آنکه کالا مطابق خواست مستصنع باشد باعث زیان و خسارت به سازنده خواهد بود» (سرخسی، ج ۱۲، ص ۱۳۹).

به نظر می‌رسد دیدگاه حنفیه نسبت به نوع اول استصناع، جایی که مستصنع، کالای نیمه‌ساخته را از سازنده خریداری کرده و با او قرار می‌گذارد آنرا تکمیل نموده و تحویل مشتری دهد، صحیح است و ارتکاز عرفی مردم در این نوع با بیع کالای مشخص سازگار است؛ اما با سایر انواع استصناع به‌ویژه نوع دوم و چهارم و ارتکازهای عرفی مردم در آن موارد سازگار نیست. برای مثال اگر استصناع را از سنخ بیع شخصی بدانیم از زمان تعیین کالا، مستصنع مالک آن بوده و حق تصرف در آن خواهد داشت و مبیع (مواد اولیه مبیع) طی مراحل ساخت به‌عنوان امانت نزد سازنده خواهد بود و هر نوع تلف بدون افراط و تفریط از جیب مشتری خواهد بود و

سازنده حق تبدیل آنرا نخواهد داشت. این موارد گرچه در نوع اول استصناع ارتکاز عرفی دارد؛ اما نسبت به انواع دیگر خلاف ارتکاز عرفی است.

۳-۲-۴. استصناع به عنوان اجاره یا جعاله

برخی قرارداد استصناع را از مصادیق اجاره یا شبه اجاره مانند جعاله می‌دانند. براساس این دیدگاه، مستصنع، سازنده را برای ساختن کالایی که بر آن توافق کرده‌اند، اجیر می‌کند و به مقتضای قرارداد، مستصنع مالک عمل (کار) سازنده شده و به تبع آن مالک حاصل کار (کالای ساخته‌شده) نیز خواهد بود (هاشمی، ۱۳۷۸، ص ۱۷). امتیاز این دیدگاه نسبت به دو دیدگاه گذشته در این است که عوض استصناع (اجرت) می‌تواند به صورت نقد، نسیه یا ترکیبی از آن دو باشد که با عملکرد عرف و فقه شیعه و اهل سنت سازگار است. در نتیجه مشکلات بیع سلف و بیع کالی به کالی را نخواهد داشت. امتیاز دیگر این توجیه آن است که به مقتضای عقد اجاره، در صورت بطلان عقد، کالای ساخته‌شده از آن سفارش‌دهنده خواهد بود و در مقابل ضامن پرداخت اجرت‌المثل است که به طور معمول برابر با قیمت کالای ساخته‌شده و عوض استصناع است (هاشمی، ۱۳۷۸، ص ۱۷). در تبیین استصناع به عنوان قرارداد اجاره یا جعاله دو اشکال اساسی وجود دارد که باید پاسخ داده شود:

الف. لازمه اجاره بودن استصناع آن است که تلف کالا قبل از تحویل، از مال سفارش‌دهنده باشد نه سازنده؛ درحالی‌که مطابق ارتکاز عرفی، تلف قبل از تحویل از مال سازنده است. در جواب می‌توان گفت به ارتکاز عرف در چنین اجاره‌هایی، تحویل عمل (مورد اجاره) به تحویل کالا است و قبل از آن موضوع اجاره تحقق نیافته است.

ب. مقتضای قرارداد اجاره و جعاله، تملیک منافع است نه اعیان؛ درحالی‌که کالای سفارش‌شده در قرارداد استصناع، عین است نه منفعت، پس تملیک آن نیازمند قراردادی چون بیع است (هاشمی، ۱۳۷۸، ص ۱۸). در جواب می‌توان گفت گرچه در قراردادهای اجاره و جعاله موضوع قرارداد، کار و عمل است؛ اما در موارد زیادی این قراردادهای منتهی به انتقال ملکیت اعیان نیز می‌شود مانند معماری که با مصالح، ساخت و تحویل بنایی را به عهده می‌گیرد. آهنگر یا نجاری ساخت و تحویل در یا پنجره‌ای را به عهده می‌گیرد. در این موارد به تبع قرارداد، محصول نیز به ملکیت سفارش‌دهنده (موجر یا جاعل) در می‌آید.

به نظر می‌رسد نظریه اجاره یا جعاله بودن قرارداد استصناع گرچه بر نوع چهارم

استصناع، آنجا که سازنده ساخت و احداث پروژه‌ای را در مقابل مبلغ معین متعهد می‌شود، قابل انطباق است کما اینکه می‌توان نوع سوم را با قدری مسامحه به‌عنوان اجیر کردن سازنده برای ساخت کالای مشخص قلمداد کرد. اما به دید عرف موارد دیگر، مصداق اجاره یا جعاله نمی‌باشند و به ارتکاز عرف احکام اجاره یا جعاله را ندارند.

۴-۲-۴. استصناع به‌عنوان قرارداد مستقل

برخی استصناع را در مقابل بیع و اجاره، قرارداد مستقلی می‌دانند و معتقدند مفاد آن با بیع و اجاره یا ترکیب بیع و اجاره متفاوت است. به اعتقاد این گروه، عقد استصناع عقدی است که به‌موجب آن سازنده متعهد می‌شود کالای خاصی را در مدت زمان معین ساخته و به سفارش‌دهنده تحویل دهد و سفارش‌دهنده نیز متعهد می‌شود در قبال آن، بهای مورد توافق را به سازنده بپردازد (هاشمی، ۱۳۷۸، ص ۶).

مزیت این دیدگاه آن است که نخست، همه انواع استصناع را شامل می‌شود؛ دوم، طرفین قرارداد می‌توانند نسبت به اوصاف کالا، کیفیت ساخت و تحویل، نحوه پرداخت بها و شرایط دیگر خارج از محدودیت‌های عقود معین بیع و اجاره تفاهم کنند.

اشکال اصلی این دیدگاه آن است که آیا عرف و عقلا، استصناع را همانند بیع و اجاره، از امور اعتباری و انشائی می‌دانند یا استصناع را یک مفهوم تکوینی برای انجام یک مفهوم اعتباری به حساب می‌آورند؟ به نظر می‌رسد از دید عرف استصناع یک امر اعتباری نیست؛ بلکه یک امر تکوینی است و در قالب انواع قراردادهای اعتباری قابل تحقق است؛ یعنی سفارش‌دهنده می‌تواند در قالب بیع شخصی (نسبت به مواردی که بخشی از کالا تحقق یافته و سازنده باید آن را کامل کرده و تحویل دهد) یا در قالب بیع سلف (نسبت به مواردی که کالا به‌صورت کلی فی‌الذمه است) یا در قالب اجاره و جعاله (نسبت به مواردی که عمل ساختن نقش اساسی دارد) صورت پذیرد و در هریک از آن قالبها، احکام و ضوابط آنها را خواهد داشت.

۴-۲-۵. استصناع در قالب قرارداد صلح

با توجه به اهمیت و کاربرد استصناع در اقتصاد معاصر که بخش مهمی از کالاها و طرحهای عمرانی و خدماتی به‌صورت سفارش ساخت انجام می‌گیرد و با توجه به

اختلاف نظرهای شدید که در ماهیت قرارداد استصناع هست، برای حل مسئله بایستی از قراردادی که از یک طرف مورد توافق فقهای شیعه بوده و از طرف دیگر انعطاف لازم برای صور و حالات مختلف استصناع را پوشش دهد پیدا نمود. بر این اساس با توجه به توسعه‌ای که در قرارداد صلح وجود دارد پیشنهاد می‌شود: اشخاص، مؤسسات مالی و اعتباری، بانکها، سازمانهای دولتی و مؤسسات وابسته به دولت مانند شهرداری‌ها، تمام سفارشهای ساخت خود را در قالب قرارداد صلح تنظیم کنند.

تعریف صلح: صلح قراردادی است که به موجب آن فردی با دیگری توافق می‌کند که مقداری از مال یا منفعت مال خود را ملک او کند یا از طلب، یا از حق خود بگذرد که او هم در عوض مقداری از مال یا منفعت مال خود را به او واگذار نماید یا از طلب یا حقی که دارد بگذرد (امام خمینی ره ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۵۱۶).

مزایای قرارداد صلح: در طراحی ابزار مالی استصناع، قرارداد

صلح مزایای زیادی دارد که برخی از آنها عبارتند از:

- الف. صلح قراردادی لازم است و جز با توافق طرفین قابل فسخ نیست؛
 - ب. موضوع قرارداد صلح آن اندازه وسعت دارد که سفارش ساخت و طراحی انواع کالاها، پروژه‌ها، طرحهای عمرانی، خدماتی، طراحی برنامه‌های آموزشی و تربیتی و طراحی و خلق آثار هنری و ارائه برنامه‌های نرم افزاری همه را در برمی‌گیرد؛
 - ج. در قرارداد صلح، طرفین می‌توانند به هر نحوی که بخواهند روی اوصاف موضوع قرارداد و کیفیت پرداخت بهای آن از جهت زمان و مکان و نحوه پرداخت به توافق برسند و
 - د. در قرارداد صلح طرفین می‌توانند برای پرهیز از ضرر و زیان خود انواع پیشامدها را پیش‌بینی کرده و متناسب با آن، شرط مناسبی چون شرط خیار فسخ بگنجانند.
- به نظر می‌رسد با تدوین ضوابط حقوقی سفارش ساخت در قالب قرارداد صلح و اجرای آن از طرف اشخاص حقیقی و حقوقی در کوتاه زمان این قرارداد در میان مردم نهادینه شود. کما اینکه مطالعه موارد عینی استصناع که در میان مردم رایج

است و مطالعه حق و حقوقی که طرفین قرارداد برای خود معتقد هستند مثل لزوم استصناع، تملیک کالا بعد از تحویل و اختیار سازنده در انتخاب مصادیق در زمان تحویل، نشان می‌دهد که انگار عرف نیز، استصناع را در قالب یک قراردادی که حکایت از یک نوع توافق و تسالم بر ساخت و تحویل کالا در مقابل بهای معین است انجام می‌دهند و این چیزی جز همان صلح نیست چراکه فقها تصریح دارند:

«در قرارداد صلح لفظ و صیغه خاصی معتبر نیست و هر لفظی که تسالم و سازش طرفین بر موضوعی را برساند کافی است» (امام خمینی ره، ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۵۱۶).

۵. اوراق استصناع به عنوان ابزار مالی

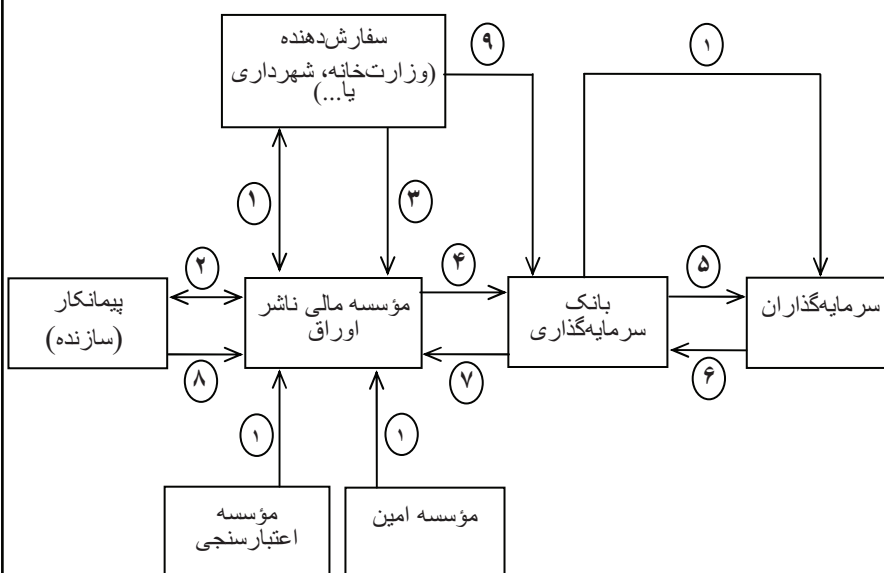
وزارتخانه‌ها، شهرداری‌ها، شرکتهای دولتی و بخش خصوصی برای تأمین مالی طرحهای عمرانی و توسعه‌ای می‌توانند از طریق استصناع اقدام کنند و این به دو روش مستقیم و غیر مستقیم قابل اجرا است (نظرپور، ۱۳۸۴، ص ۹۸).

روش اول: استصناع مستقیم: در این روش سفارش‌دهنده‌ها (وزارتخانه‌ها، شهرداری‌ها، شرکتهای دولتی و خصوصی) که درصدد احداث یا توسعه پروژه خاصی هستند و اعتبار مالی لازم برای انجام آن را در زمان حاضر ندارند با تشکیل یک مؤسسه مالی موقتی، تأمین مالی و اجرای پروژه را از طریق قرارداد استصناع (صلح) به آن می‌سپارند. مؤسسه مالی نیز طبق قرارداد استصناع دومی ساخت پروژه مورد نظر را به پیمانکار (سازنده) مربوطه سفارش می‌دهد و در مقابل از طرف سفارش‌دهنده متعهد می‌شود بها و قیمت پروژه را طبق زمان‌بندی مشخص به سازنده آن بپردازد. در این روش سفارش‌دهنده به‌جای پرداخت وجه نقد در سررسیدهای مقرر، اقدام به اعطای اوراق بهادار استصناع متناسب با پیشرفت پروژه می‌کند. مؤسسه مالی اسناد مذکور را از طریق بانک سرمایه‌گذاری به مردم می‌فروشد (تنزیل می‌کند) و به نقدینگی لازم دست می‌یابد سپس از محل آنها بدهی خود به پیمانکار را می‌پردازد.

برای مثال وزارت راه، احداث راه‌آهن مشخصی را به مصلحت کشور تشخیص می‌دهد؛ اما اعتبار لازم برای احداث آنرا به‌صورت نقد یا در زمان احداث پروژه ندارد. با تشکیل یک مؤسسه مالی خاص از طریق قرارداد استصناع اجرای پروژه را

می‌خواهد. مؤسسه مالی انجام پروژه را در مقابل هزار میلیارد ریال متعهد می‌شود. وزارت راه نیز متعهد می‌شود آن مبلغ را به صورت اوراق استصناع با سررسیدهای معین بپردازد. سپس مؤسسه مالی براساس قرارداد استصناع دوم ساخت راه آهن مذکور را به پیمانکار خاصی واگذار می‌کند، پیمانکار متعهد می‌شود پروژه را طبق زمان‌بندی مشخص مثلاً سه ساله تحویل دهد و مؤسسه مالی نیز متعهد می‌شود مبلغ هفتصد میلیارد ریال طبق زمان‌بندی مشخص به پیمانکار بپردازد. بعد از شروع پروژه، وزارت راه متناسب با پیشرفت پروژه، هزار میلیارد ریال را به صورت اوراق استصناع (اسناد بدهی) در اختیار مؤسسه مالی می‌گذارد که در سررسیدهای مشخص قابل وصول هستند. مؤسسه مالی این اوراق بهادار را از طریق بانک سرمایه‌گذاری به مردم می‌فروشد (نزد مردم تنزیل می‌کند) آنگاه از محل وجوه به دست آمده بدهی خود به پیمانکار را می‌پردازد.

نمودار ۱: مدل عملیاتی اوراق استصناع مستقیم



۶. توضیح فرآیند عملیات و روابط حقوقی استصناع مستقیم

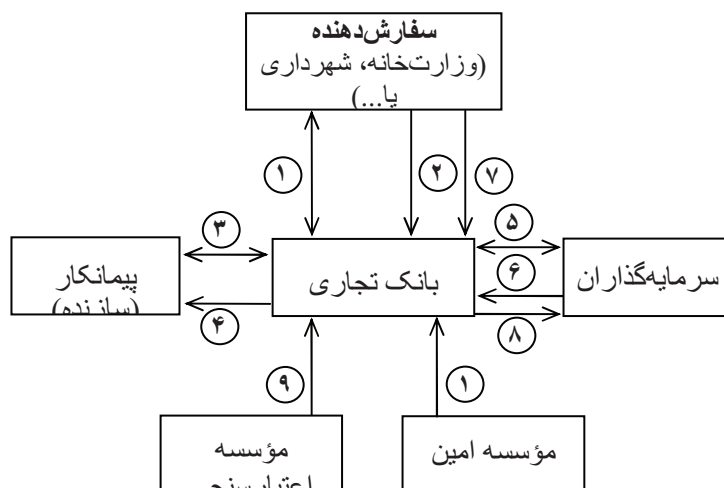
- مرحله ۱: در این مرحله سفارش‌دهنده (وزارت‌خانه، شهرداری، شرکت دولتی یا خصوصی) با تشکیل مؤسسه مالی موقت، آن را مأمور مطالعات اولیه جهت تأمین مالی پروژه خاص از طریق انتشار اوراق استصناع می‌کند. مؤسسه مالی بعد از مطالعات لازم براساس قرارداد استصناع اول، متعهد می‌شود پروژه خاص را از طریق پیمانکار معینی بسازد و به سفارش‌دهنده تحویل دهد و در مقابل مبلغ معینی را به صورت اوراق استصناع با سررسیدهای معین تحویل بگیرد؛
- مرحله ۲: مؤسسه مالی با پیمانکار (سازنده پروژه) قرارداد استصناع دوم را منعقد می‌کند. به این مضمون که پیمانکار در قبال دریافت مبلغی معین، ساخت و تحویل پروژه را به عهده می‌گیرد؛
- مرحله ۳: در این مرحله مؤسسه مالی معادل بهای پروژه، اوراق بهادار استصناع منتشر می‌کند و به امضاء سفارش‌دهنده می‌رساند؛
- مرحله ۴: مؤسسه مالی مطابق قرارداد استصناع و متناسب با پیشرفت پروژه، اوراق استصناع را در اختیار بانک سرمایه‌گذاری می‌گذارد؛
- مراحل ۵ و ۶: بانک سرمایه‌گذاری اوراق استصناع را به مردم می‌فروشد (نزد مردم تنزیل می‌کند) و پول آنها را به صورت نقد دریافت می‌کند؛
- مرحله ۷: بانک سرمایه‌گذاری پول حاصل از فروش اوراق را پس از کسر درصدی به عنوان حق الوکاله به مؤسسه مالی می‌پردازد؛
- مرحله ۸: مؤسسه مالی از محل فروش اوراق، بدهی خود به پیمانکار را می‌پردازد؛
- مرحله ۹: سفارش‌دهنده در سررسید اوراق استصناع، مبلغ اسمی اوراق را به بانک سرمایه‌گذاری تحویل می‌دهد؛
- مرحله ۱۰: بانک سرمایه‌گذاری مبلغ اسمی اوراق را به سرمایه‌گذاران تحویل می‌دهد؛
- مرحله ۱۱: مؤسسه اعتبارسنجی که به پیشنهاد مؤسسه مالی و با تأیید سازمان بورس اوراق بهادار یا بانک مرکزی تعیین می‌شود اعتبار سفارش‌دهنده، اعتبار مؤسسه مالی، نرخهای قرارداد را کنترل و رتبه آنها را اعلان می‌کند و
- مرحله ۱۲: مؤسسه امین نیز که به پیشنهاد مؤسسه مالی و تأیید سازمان بورس یا

بانک مرکزی تعیین می‌شود بر فرآیند انتشار اوراق از ابتدا تا انتها نظارت می‌کند.

روش دوم: استصناع غیر مستقیم: گاهی پیمانکاران تمایل دارند به تناسب پیشرفت پروژه، بهای پروژه را دریافت نمایند و با تحویل آن تسویه حساب کنند و علاقه‌ای به معاملات مدت‌دار (بیش از طول احداث پروژه) و وارد شدن در بازارهای مالی را ندارند. کما اینکه گاهی طرح، چنان بزرگ و دارای ابعاد مختلف است که یک پیمانکار توان انجام آن را ندارد. در این موارد سفارش‌دهندگان (وزارتخانه‌ها، سازمانها و...) می‌توانند از طریق بانکها اقدام نمایند؛ یعنی وزارتخانه‌ای، احداث پروژه خاصی (مثل ساخت و تحویل یک فرودگاه بین‌المللی) را طبق قرارداد استصناع از یک بانک می‌خواهد. بانک متعهد می‌شود در قبال مبلغ مشخصی که در طول زمان بندی معین (برای مثال ده سال) دریافت می‌کند، پروژه را تا سه سال ساخته و تحویل دهد. سپس بانک آن پروژه را در قالب پروژه‌های کوچک‌تر تعریف و با چند پیمانکار، قرارداد استصناع می‌بندد. قراردادهای استصناع بانک با پیمانکاران می‌تواند در زمان بندی متفاوت از استصناع اول (وزارتخانه با بانک) باشد. حتی بانک برای پایین آوردن قیمت قراردادها می‌تواند قراردادهای استصناع خود با پیمانکاران را به گونه‌ای طراحی کند که با اتمام پروژه تسویه حساب شوند.

در این روش نیز وزارتخانه مربوطه به تناسب پیشرفت پروژه اوراق بهادار استصناع را که به تناسب قرارداد، دارای سررسیدهای برای مثال یک تا ده سال هستند در اختیار بانک قرار می‌دهد و بانک نیز می‌تواند در مواقع نیاز به نقدینگی، آنها را در بازار ثانوی به مردم بفروشد (تنزیل کند) و در مواقع مازاد نقدینگی از مردم بازخريد کند، کما اینکه می‌تواند صبر کند در سررسید مبلغ اسمی آنها را از دولت دریافت دارد.

نمودار ۲: مدل عملیاتی استصناع غیرمستقیم



۷. توضیح فرآیند عملیات و روابط حقوقی استصناع غیرمستقیم

۱. در این مرحله بانک تجاری و سفارش‌دهنده قرارداد استصناع پروژه خاص را منعقد می‌کند به این مضمون که بانک در مدت زمان معین پروژه را ساخته و تحویل دهد. سفارش‌دهنده نیز متعهد می‌شود قیمت پروژه را به صورت اوراق استصناع با سررسیدهای مشخص به بانک بپردازد؛
۲. در این مرحله بانک تجاری مطابق قرارداد اوراق استصناع را منتشر و به امضاء سفارش‌دهنده می‌رساند؛
- ۳ و ۴. بانک تجاری قرارداد استصناع دیگری با پیمانکار می‌بندد مبنی بر اینکه پیمانکار پروژه مورد نظر را طبق زمان‌بندی معین ساخته و تحویل بانک دهد در مقابل بانک به تناسب پیشرفت پروژه قیمت آن را بپردازد؛
- توضیح: به طور معمول قیمت قرارداد استصناع دوم کمتر از قیمت استصناع اول است؛ همان‌طور که زمان پرداخت آن نیز زودتر است.
- ۵ و ۶. بانک تجاری اوراق بهادار استصناعی را که از سفارش‌دهنده گرفته بود، نزد سرمایه‌گذاران تنزیل می‌کند (به آنان می‌فروشد)؛
- ۷ و ۸. بانک تجاری در سررسید اوراق استصناع، مبلغ اسمی اوراق را از سفارش‌دهنده تحویل گرفته و به سرمایه‌گذاران می‌پردازد و
- ۹ و ۱۰. در این نوع نیز مؤسسه اعتبارسنجی و مؤسسه امین که توسط سازمان بورس یا بانک مرکزی تأیید شده‌اند؛ مسئولیتهای تعیین رتبه اعتباری و نظارت و کنترل را به عهده خواهند داشت.

۸. بازار ثانوی اوراق استصناع

انتظار می‌رود بازار ثانوی فعالی برای خرید و فروش اوراق استصناع شکل گیرد و متناسب با مدت و مبلغ اسمی اوراق، قیمت بازاری آنها معین شود و ابزار جدیدی

شبهه اوراق مشارکت، با نرخ بازدهی معین وارد بازار سرمایه شود. از آنجا که بازار ثانوی اوراق استصناع بر پایه خرید و فروش دین است، نیاز به بررسی فقهی و حقوقی آن است.

۹. مبنای فقهی بازار ثانوی اوراق استصناع

نقد کردن طلب مدت‌دار در معاملات تجاری را تنزیل یا فروش دین می‌گویند. گاهی مشتری توان پرداخت قیمت کالاها و خدمات را به صورت نقد ندارد و آنها را به صورت نسبه می‌خرد و در مقابل، سندی مدت‌دار به فروشنده می‌دهد. حال اگر فروشنده بخواهد به هر دلیلی زودتر از سررسید به وجه نقد دست یابد، می‌تواند با مراجعه به بانک یا هر خریدار دیگر و کم کردن مقداری از وجه سند، آن را بفروشد (تنزیل کند) و وجه نقد دریافت کند. خریدار سند در سررسید به بدهکار (مشتری کالاها و خدمات) مراجعه کرده و وجه سند را وصول می‌کند. مبلغ کم شده که به آن نزول می‌گویند، سود خریدار سند خواهد بود که متناسب با نرخ سود بازار و مدت زمان باقی‌مانده تا سررسید سند تعیین می‌شود.

مشهور فقیهان شیعه، عملیات تنزیل اسناد تجاری چون سفته، نزد شخص ثالث (مثل بانک) را در صورتی که سند حقیقی باشد، از مصادیق بیع دین (فروش دین) دانسته و مجاز می‌شمرند. برای مثال حضرت آیت‌الله مکارم شیرازی در این باره می‌فرماید:

«سفته حقیقی را اگر با دیگری به مبلغی کمتر معامله کند، مثل اینکه سفته هزار تومانی را که سه ماه مدت دارد به نهصد تومان پول نقد معامله نماید و در حقیقت یک هزار تومان اسکناسی را که در ذمه بدهکار، طلب دارد به نهصد تومان پول نقد می‌فروشد، این گونه معامله سفته اشکال ندارد و آن را تنزیل سفته گویند. ولی معامله روی سفته دوستانه، خالی از اشکال نیست. چون بدهی واقعی در آنجا وجود ندارد و راه‌هایی که برای حل مشکل آن ذکر شده است، هیچکدام خالی از اشکال نمی‌باشد» (مراجع تقلید، ۱۳۸۳، ج ۲، احکام سفته).

شبهه همین نظر را برخی مراجع دیگر چون حضرت آیت‌الله سیستانی، تبریزی، خویی، گلپایگانی، صافی دارند (مراجع تقلید، ۱۳۸۳، ج ۲، احکام سفته). هرچند برخی از بزرگان چون امام خمینی (امام‌خمینی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۱۷۵) و آیت‌الله خامنه‌ای (خامنه‌ای، ۱۳۸۱، ص ۸۵) فروش سفته و برات را به شخص ثالث به کمتر از مبلغ

اسمی جایز نمی‌دانند.

حال اگر بخواهیم براساس فتوای مشهور فقها در مسئله تنزیل عمل کنیم، می‌توان در بازار ثانوی اوراق استصناع را خرید و فروش نمود. چون در مورد استصناع اسناد تجاری تحویل داده شده به سازنده، براساس قرارداد استصناع و در مقابل انجام عمل اقتصادی و واقعی است. برای مثال وزارت نیرو احداث نیروگاهی را به ارزش ده میلیارد ریال به پیمانکاری سفارش می‌دهد و در مقابل اسناد مالی یک تا ده ساله می‌پردازد، پیمانکار می‌تواند کل یا بخشی از آن اسناد را تنزیل نموده و به مردم یا بانکها واگذار نماید.

شایان ذکر است بر فرض هم اگر کسی به جهت اعتقاد به ربوی بودن خرید و فروش دین به کمتر از مبلغ اسمی نخواهد از مزیت تنزیل اوراق استصناع استفاده کند، این اوراق کاربردهای دیگری دارد که می‌تواند از آن مزیتها استفاده نماید. برای مثال می‌تواند از آنها برای خرید دارایی‌های مورد نیاز خود یا هر نوع کالای دیگر استفاده کند. سپس آن کالاها را در بازار به فروش رساند، کما اینکه می‌تواند آنها را به‌عنوان وثیقه و رهن به‌کار برد. بنابراین کاربرد اوراق استصناع منحصر در تنزیل نیست.

۱۰. مبنای حقوقی بازار ثانوی اوراق استصناع

روش خرید دین به‌صورت مستقل در قانون عملیات بانکی بدون ربا نیامده است و تنها در بند ۵ ماده دو قانون با عنوان وظایف نظام بانکی از این روش با عنوان «انجام عملیات مربوط به اوراق و اسناد بهادار طبق قانون و مقررات» نام برده شده است. امروزه عملیات مربوط به خرید دین بر مبنای آیین‌نامه موقت تنزیل اسناد و اوراق تجاری (خرید دین) انجام می‌گیرد. این آیین‌نامه و مقررات اجرایی آن در جلسه مورخ ۱۳۶۱/۸/۲۶ شورای پول و اعتبار به تصویب رسیده و متعاقباً در شورای نگهبان مطرح و با اکثریت آرا مغایر با موازین شرعی و قانون اساسی شناخته نشده است. اصلاحیه بعدی آیین‌نامه مذکور در تاریخ ۱۳۶۶/۹/۲۴ به تصویب شورای پول و اعتبار رسیده است. مطابق مواد آیین‌نامه، بانکها بایستی بر حقیقی بودن بدهی و معتبر بودن بدهکار اطمینان پیدا کنند.

مطابق آیین‌نامه، تنها اسنادی قابل تنزیل است که سررسید آنها کمتر از یک سال باشد. چنین اوراقی به قیمتی کمتر از مبلغ اسمی تنزیل می‌شوند که این تفاوت قیمت نباید بیش از نرخ مصوب شورای پول و اعتبار باشد (هدایتی و بهمنی، ۱۳۸۱، ص ۳۸۷ و ۳۸۸)، بنابراین برای تنزیل اوراق استصناع نیاز به تجدیدنظر در آیین‌نامه است.

۱.۱. اوراق استصناع به عنوان ابزار سیاست پولی

در کشورهای اسلامی که اوراق قرضه ممنوع است و بانک مرکزی نمی‌تواند از طریق خرید و فروش اوراق قرضه، سیاست پولی عملیات بازار باز را داشته باشد، می‌تواند از طریق خرید و فروش اوراق استصناع این کار را انجام دهد. یعنی در زمان رکود که تصمیم بر سیاست پولی انبساطی است وارد بازار ثانوی اوراق استصناع می‌شود با پیشنهاد قیمت بالاتر اوراق استصناع در دست مردم و بانکهای تجاری را می‌خرد و به این ترتیب حجم پول جامعه و قدرت اعتباری بانکها را افزایش می‌دهد و در زمان رونق (تورمی) که تصمیم بر سیاست پولی انقباضی است، با کاهش قیمت اوراق استصناع، این اوراق را می‌فروشد و مازاد نقدینگی در دست مردم و بانکهای تجاری را جذب می‌کند (نظرپور، ۱۳۸۵، ص ۵۷).

۱.۲. جمع‌بندی و پیشنهادات

الف. از جهت فقهی، نسبت به اوراق استصناع این نتیجه حاصل شد که بر فرض هم نتوان استصناع را به عنوان عقد مستقل و لازم اثبات کرد، می‌توان از طریق عقد صلح که عقدی لازم و فارغ از ضوابط خاص عقود معین است انشا نمود. بنابراین به نظر می‌رسد مشکلی در مشروعیت این ابزار نخواهد بود. کما اینکه معاملات آنها در بازار ثانوی به صورت خرید و فروش دین (تنزیل) از دیدگاه مشهور فقهای شیعه اشکالی ندارد و از نظر قانونی مورد تأیید شورای نگهبان و مورد عمل بانکهاست. هرچند از نظر آیین‌نامه اجرایی احتیاج به بازنگری دارد؛

ب. با توجه به تفاوت قیمت خرید اوراق استصناع در بازار ثانوی با قیمت اسمی آنها که در سررسید به دست دارنده اوراق می‌رسد، این اوراق از سنخ ابزارهای مالی انتفاعی است. با توجه به اینکه در زمان خرید، سود حاصل از سرمایه‌گذاری در اوراق

استصناع معین است، این ابزار از نوع ابزارهای مالی با سود معین خواهد بود و با روحیه و سلیقه آن گروه از سرمایه‌گذاران که به دنبال سود معین هستند تطابق دارد. برای مثال کسی که ورق استصناع یک ساله صد هزار تومانی را به نود هزار تومان خریداری می‌کند می‌داند بعد از یک سال مبلغ ده هزار تومان سود خواهد برد؛ ج. با توجه به وجود بازار ثانوی، اوراق استصناع قدرت نقدشوندگی خواهند داشت و به نظر می‌رسد با توجه به نرخ سود معین آنها، درجه نقدشوندگی آنها بیشتر از اوراق سهام عادی و ممتاز و کمتر از سپرده‌های بانکی باشد؛ د. در صورت وجود بازار فعال و شفاف برای اوراق استصناع و حضور انواع مختلف دولتی و خصوصی اوراق با سررسیدهای متنوع، انتظار می‌رود در اثر رقابت، این اوراق به سمت کارآیی بالاتر حرکت کنند؛ ه. با توجه به اینکه اوراق استصناع می‌توانند ابزار مناسبی برای جذب نقدینگی در دست مردم و هدایت آنها به سمت پروژه‌های عمرانی و تولیدی باشند، این اوراق به رشد اقتصادی کمک می‌کنند. البته به شرط اینکه پروژه مورد نظر از جهت توجیه اقتصادی کارشناسی و تأیید شود؛ و. دولت می‌تواند از طریق قراردادهای بلندمدت استصناع، روی نرخهای بازدهی و سود سرمایه تأثیر گذارد و آنها را به سمت نرخهای تعادلی (ارزش افزوده واقعی ناشی از به‌کارگیری سرمایه) سوق دهد و به این ترتیب در بلندمدت به عدالت توزیعی درآمدها در سطح جامعه کمک کند؛ ز. با استفاده از روش استصناع دولت و نهادهای دولتی و شهرداری‌ها می‌توانند کسری بودجه خود را برای ساخت پروژه‌های عمرانی تأمین کنند و از آنجا که سررسید این اوراق به‌طور عمده پس از اتمام و بهره‌برداری از طرح است، سرمایه‌گذاری از این طریق یا اصلاً اثر تورمی نخواهد داشت و یا خیلی ملایم خواهد بود و در مقایسه با روشهای دیگر تأمین کسری بودجه مانند استقراض از بانک مرکزی، روش انتشار اوراق استصناع خیلی بهتر است و ح. اوراق استصناع جایگزین مناسبی برای اوراق قرضه در اجرای سیاست پولی از

طریق عملیات بازار باز محسوب می‌شود. البته باید توجه داشت که اول بار که بانک مرکزی می‌خواهد وارد بازار اوراق استصناع شود برای خرید این اوراق مجبور به اعمال سیاست انبساط پولی می‌شود؛ اما همان‌طور که برخی از محققان بررسی کرده‌اند (نظرپور، ۱۳۸۵، ص ۵۷)، نخست این اشکال در عملیات بازار باز از طریق اوراق قرضه نیز مطرح است. در خرید و فروش اوراق قرضه دولتی نیز وقتی بانک مرکزی برای اولین بار اوراق می‌خرد، انبساط پولی رخ می‌دهد؛ دوم راه‌های مختلفی چون افزایش نرخ سپرده قانونی و افزایش نرخ تنزیل مجدد برای خنثی کردن اثر انبساطی اولیه وجود دارد.

در مجموع می‌توان گفت انتشار اوراق استصناع از یکسو ابزار مالی مطمئنی در اختیار سرمایه‌گذاران ریسک‌گریز و متعارف قرار می‌دهد و از سوی دیگر ابزار مناسبی برای بنگاه‌های اقتصادی جهت تأمین مالی طرحها خواهد بود و در نهایت مکمل خوبی برای اوراق مشارکت و رونق‌دهنده بازار سرمایه ایران می‌باشد و امتیاز برجسته‌ای نیز که نسبت به اوراق مشارکت دارد این است که برای فعالیتهای کوچک، متوسط و بزرگ قابل طراحی است.

منابع و مأخذ

۱. ابن حمزه (۱۴۰۸ق)، *الوسیله*، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۲. ابن سعید، یحیی (۱۴۰۵ق)، *جامع الشرایع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء.
۳. ابن حجر العسقلانی، شهاب‌الدین، *فتح الباری*، دارالمعرفه للطباعة و النشر، بیروت، بی‌تا.
۴. امام خمینی ره، روح‌الله (۱۴۱۶ق)، *تحریر الوسیله*، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۵. انصاری، محمدعلی (۱۴۱۸ق)، *الموسوعه الفقهیة المیسره*، قم، مجمع‌الفکر الاسلامی.

۶. پژوهشکده پولی و بانکی (۱۳۸۵)، صکوک، تهران، پژوهشکده پولی و بانکی.
۷. جصاص، ابوبکر (۴۰۵ق)، احکام القرآن، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۸. خامنه‌ای، سیدعلی (۱۴۱۶ق)، دررالفوائد فی اجوبه القائد، بیروت، دارالحق.
۹. زحیلی، مصطفی (۱۴۱۲ق)، مجله الفقه الاسلامی، جده، مؤتمرمجمع الفقه الاسلامی.
۱۰. الزرقاء، مصطفی احمد (۱۴۱۲ق)، مجله الفقه الاسلامی، جده، مؤتمرمجمع الفقه الاسلامی.
۱۱. السرخسی، شمس‌الدین (۱۴۰۶ق)، المبسوط، تحقیق جمع من الافاضل، بیروت، دار المعرفه.
۱۲. صبری هارون، محمد (۱۹۹۹)، احکام الاسواق المالیه، اردن، دارالنفائس.
۱۳. صفی‌پور، عبدالرحیم بن عبدالکریم (۱۲۷۹ق)، منتهی الارب فی لغه العرب، تهران، بی‌نا.
۱۴. الطوسی، محمد بن الحسن (۱۴۱۷)، الخلاف، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبع الاولی.
۱۵. الطوسی، محمد بن الحسن، المبسوط المکتبه المرتضویه لاحیاء التراث الجعفریة، تهران، بی‌نا.
۱۶. عمید، حسن (۱۳۶۳)، فرهنگ فارسی عمید، امیرکبیر.
۱۷. عاملی، شیخ حرّ (۱۴۱۳)، وسائل الشیعه، بیروت، مؤسسه آل‌البتیت.
۱۸. مراجع عظام تقلید (۱۳۸۳)، رساله توضیح المسائل، جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۱۹. موسوی، سیدمحمدباقر (پاییز ۱۳۸۱)، «خرید و فروش دین»، فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، شماره ۷.
۲۰. مومن، محمد (۱۳۷۶)، «استصناع (قرارداد سفارش ساخت)»، مجله فقه اهل بیت (ع)، شماره ۱۱ - ۱۲.
۲۱. نظریور، محمدنقی (زمستان ۱۳۸۴)، «اوراق بهادار استصناع ابزاری برای سیاست پولی»، فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، شماره ۲۰.
۲۲. نظریور، محمدنقی (زمستان ۱۳۸۵)، «عملیات بازار باز از طریق اوراق استصناع (مشکلات و راه حلها)»، فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، شماره ۲۲.
۲۳. هاشمی، سید محمود (زمستان ۱۳۷۸)، «استصناع»، فقه اهل بیت، شماره ۱۹ - ۲۰.
۲۴. هدایتی، سفری و کلهر (۱۳۷۵)، «علمیات بانکی داخلی - ۲ (تخصیص منابع)»، تهران، مؤسسه بانکداری ایران.
۲۵. همدانی، الاعتبار فی بیان الناسخ و المنسوخ، بی‌نا.