

استصناع و کاربرد آن در نظام بانکی با تأکید بر دستورالعمل های ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار

ابراهیم تقی زاده*

تاریخ دریافت: ۹۳/۹/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۸/۲۲

چکیده

استصناع، قراردادی است که به موجب آن، سفارش دهنده (مستصنع) از سازنده کالا (صانع) درخواست ساخت کالایی را می کند که به موجب آن، سازنده متعهد به تهیه مواد اولیه کالا و ساخت آن و تحویل در موعد مقرر می شود. در خصوص ماهیت این عقد بین فقها و حقوق دانان اختلاف دیدگاه وجود دارد. گروهی آن را به عنوان عقد مستقل و برخی آن را در قالب بیع سلم توجیه می کنند. به هر حال این عقد، به عنوان عقدی صحیح تلقی می شود. امروزه بانک ها در چهارچوب این عقد می توانند به تأمین مالی پروژه های بخش عمومی، خصوصی و دولتی اقدام نمایند که گاه به عنوان سرمایه گذار و گاه به عنوان واسط یا عامل، عمل می کنند. با توجه به کاربرد این عقد در راستای تأمین مالی طرح های بخش خصوصی، عمومی و دولتی در ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه به مصادیق عقود مورد استفاده بانک ها صراحتاً پیش بینی شد که در مرداد ماه سال ۱۳۹۰ دستورالعمل اجرایی آن نیز به تصویب شورای پول و اعتبار رسید و به کلیه بانک ها، مؤسسات مالی و اعتباری ابلاغ شد.

کلیدواژه ها: اجاره، استصناع، بانکداری اسلامی، بیع سلم، بیع مستقل.

مقدمه

عقد استصناع از جمله عقود است که امروزه دارای کاربرد فراوانی است؛ خصوصاً اینکه پس از اعلام مجمع فقهی سازمان کنفرانس اسلامی مبنی بر لازم‌الطرفین بودن آن در کشورهای اسلامی به علت ماهیت و ویژگی‌های خاص خودش، گسترش ویژه‌ای یافته است. امروزه استفاده از این عقد در نظام بانکی کشورهای اسلامی، رونق خاصی داشته است و بانک‌ها برای اجتناب از ربا و تأمین مالی، سرمایه‌گذاری‌های خود را در قالب عقود شرعی انجام می‌دهند که این عقد در بانک‌ها نیز مورد استقبال خاصی واقع شده است، به کیفیتی که هم بانک‌ها و هم دولت‌ها با ابزار این عقد و با انتشار اوراق استصناع، در خصوص تأمین مالی و سرمایه‌کافی جهت احداث یا تکمیل پروژه‌های خود اقدام می‌نمایند.

در خصوص این عقد و ماهیت آن بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف دیدگاه وجود دارد. آیا این قرارداد در قالب یک عقد مستقل قابل توجیه است یا در قالب یکی از عقود معین؟ و از طرف دیگر مبنای صحت این عقد چیست؟ در این مقاله با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی به تبیین آن خواهیم پرداخت.

مفهوم استصناع

مفهوم لغوی استصناع: استصناع در لغت برای طلب انجام کار است (ابن منظور، ۱۹۸۷: ۲۷۰)؛ همچنین به معنای درخواست ساخت کالا آمده است (ابراهیم مصطفی، ۲۰۰۴: ۵۲۵) و به معنای طالب صنعت است (انصاری، ۱۳۸۴: ۲۴۳).

مفهوم اصطلاحی استصناع: برخی استصناع را توافق با صاحبان صنایع برای ساخت شیء معین دانسته‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۳؛ مؤمن، ۱۳۷۶: ۲۰۱) و برخی آن را نوعی از بیع آیندان دانسته‌اند، که منظور بیعی است که مبیع آن در تاریخ وقوع عقد، وجود ندارد ولی بایع تعهد می‌کند که بعداً آن را فراهم کند و سر موعد تحویل دهد (لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۲۵). همچنین به معنای درخواست کاری از سازنده در شیء خاص به صورت مخصوص است (سرخسی، ۱۳۲۴: ۱۳۸؛ ابن عابدین، بی تا: ۴۷۴). در موسوعه جمال عبدالناصر، چنین تعریف شده است: عقدی است بر کالای در ذمه که ساخت آن مطابق خصوصیات و شرایط معین شده در عقد و درمقابل بهای معینی صورت می‌گیرد (جعفر پور، ۱۳۷۸: ۱۷۳)؛ به هر حال موضوعی که عقد استصناع درباره آن منعقد می‌شود، غالباً در زمان عقد موجود نیست؛ ولی توسط سازنده یا پیمانکار در آینده ساخته می‌شود (زرقا، ۱۳۸۰: ۱۲۱) و در یک جمع بندی کلی می‌توان گفت: استصناع، قرارداد سفارش ساخت بین دو شخص، اعم از حقیقی یا حقوقی مبنی بر تولید کالایی خاص یا اجرای پروژه‌ای با ویژگی‌های خاص در آینده است که سفارش گیرنده در ازای گرفتن بهای آن در زمان توافق شده که بخشی از آن به صورت نقد و بخشی از آن به صورت اقساط و به تناسب پیشرفت فیزیکی

کار باشد، متعهد می‌شود مواد اولیه و کالاهای مورد نیاز پروژه را خود تهیه و در زمان مشخص، کالا یا پروژه مورد نظر را به سفارش دهنده تحویل دهد. عین و عمل بر ذمه سفارش گیرنده مستقر می‌شود (آیتی، ۱۳۸۹: ۱۱).

ماهیت استصناع

در فقه امامیه: در بین فقهای متقدم برخی معتقدند استصناع در چکمه، کفش و ظروفی که از چوب، برنج، سرب و آهن ساخته می‌شود روا نیست. آن‌ها دلیل خود را اجماع بر عدم وجوب تسلیم کالا در این عقد، مختار بودن طرفین در انجام تعهدات متقابل و مجهول بودن کالای مورد قرارداد ذکر کرده‌اند (طوسی، ۱۳۵۱: ۱۷۳). از ظاهر کلام ایشان، بطلان عقد استنباط می‌شود و برخی گفته‌اند: کسی که از قبل سفارش ساخت کالایی را بدهد و صنعتگر آن را بسازد، می‌تواند آن را به سفارش دهنده تسلیم کند یا نکند و سفارش دهنده مخیر است بین این که بپذیرد یا نپذیرد (نظرپور، ۱۳۸۸: ۴۵) که از ظاهر این کلام، صحت عقد لیکن جایز بودن آن استنباط می‌شود.

در بین فقهای معاصر برخی قرارداد استصناع را عقدی مستقل و جدای از عقود معین می‌دانند (آیات عظام فاضل لنکرانی، صانعی و اردبیلی، نقل از بنی‌اسدی، ۱۳۸۷: ۷۵). برخی دیگر بعضی از صور و موارد این قرارداد را عقد مستقل و بعضی از موارد آن را قرارداد مستقل نمی‌دانند (مؤمن قمی، ۱۳۷۶: ۲۱۶). به هر حال این گروه معتقدند که استصناع، عقدی مشروع است که در صورتی که وجود این سنت در زمان پیامبر ثابت نشود، از آنجا که عقدی عرفی است، مشمول اطلاق آیه شریفه «اوفاوا بالعقود» است و مشروعیت آن به عنوان عقدی مستقل اثبات می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۳: ۸). برخی قرارداد استصناع را در قالب یکی از عقود معین توجیه می‌کنند از جمله این که کالای مورد سفارش در آن امری کلی است از مصادیق بیع سلم دانسته‌اند بدین نحو که سفارش دهنده، کالای کلی را با اوصاف معین از سازنده می‌خرد. البته در خصوص شرایط بیع سلم بین فقهای امامیه اتفاق نظر وجود ندارد؛ چرا که عده‌ای قبض ثمن را در مجلس عقد ضروری می‌دانند (طوسی، ۱۳۵۱: ۲۰۰). برخی به تأخیر افتادن دریافت ثمن را تا سه روز جایز دانسته‌اند (مؤمن قمی، ۱۳۷۶: ۲۱۷) و برخی قائل به صحت آن هستند و معتقدند لازم نیست که ثمن به صورت نقد پرداخت شود بلکه می‌تواند به صورت مدت‌دار باشد و نسیه بودن ثمن به صحت این قرارداد خللی وارد نمی‌کند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۵).

برخی از فقها، بعضی از موارد استصناع را اجاره اشخاص می‌دانند از جمله در جایی که مواد از مستصنع باشد و صانع فقط متعهد عمل باشد (منتظری، ۱۳۸۰: ۲۹۴) و صانع و اجیر هر دو یک کار را انجام می‌دهند و آن ساخت کالای مورد نظر است (کمیحانی، ۱۳۷۸: ۹۱) و برخی استصناع را منطبق با عقد جعاله

البته جعاله خاص، دانسته‌اند؛ زیرا در استصناع، سازنده مشخص است (نظریور، ۱۳۸۸: ۱۴۲).

به هر حال اکثر فقها یا به صورت عقد مستقل یا در قالب یکی از عقود به صحت این عقد اعتقاد دارند (کمیحانی، ۱۳۷۸: ۹۰) و به برخی از ادله صحت از جمله آیه «أوفوا بالعقود»، آیه شریفه تراش «یا ایها الذین آمنوا تاكلوا أموالکم و بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم» روایت «المومنون عند شروطهم» استفاده کرده‌اند که می‌توان به صحت و اعتبار هر گونه عقد و قراردادی که دارای شرایط اساسی عقد از نظر عرف و شارع است، حکم کرد و از آن به عنوان یکی از مبانی اصل آزادی قراردادی در حقوق اسلامی سود برد و به استناد آن، علاوه بر شروط و تعهدات ضمن عقد، به صحت و اعتبار همه عقود و معاملات عقلایی رأی داد. پس بر اساس این ادله، استصناع چه به صورت عقد مستقل و یا شرط ضمن عقد، معتبر خواهد بود (قنوتی، ۱۳۷۹: ۲۰۳؛ موسویان، ۱۳۷۸: ۴۸؛ خمینی، ۱۳۹۷: ۶۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۴۱).

ماهیت استصناع در حقوق ایران

در حقوق ایران در خصوص ماهیت قرارداد سفارش ساخت، حکم صریحی وجود ندارد. برخی قرارداد سفارش ساخت را نوعی بیع دانسته‌اند. برخی از حقوق دانان آن را از مصادیق بیع کلی دانسته‌اند (لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴۲۵). در این نوع از بیع اگر ثمن به صورت مؤجل باشد بر طبق مشهور فقها، کالی به کالی است و باطل خواهد بود و اما از لحاظ حقوقی، غالب حقوق دانان با عنایت به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل صحت قراردادها حکم به صحت این عقد داده‌اند. برخی دیگر از حقوق دانان آن را از مصادیق بیع سلم دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۰۸) که به نظر ایشان قبض ثمن در مجلس عقد از شرایط صحت بیع سلم نیست؛ لیکن برخی از فقها و حقوق دانان معاصر، قرارداد استصناع را از مصادیق قرارداد اجاره دانسته‌اند. بر اساس این دیدگاه، مستصنع، سازنده را برای ساختن کالایی که درباره آن توافق کرده‌اند، اجیر می‌کند و به مقتضای قرارداد اجاره، مستصنع مالک عمل (کار) سازنده شده و به تبع آن مالک کالایی ساخته شده نیز خواهد بود (شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۷). عده‌ای نیز در جایی که قیمت مواد و مصالحی که در ساخت کالا به کار می‌رود در مقایسه با کار و عملی که برای ساخت صورت می‌گیرد آن قدر ناچیز باشد که اجاره خدمت غلبه داشته باشد، احکام و شرایط اجاره را حاکم می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۸)؛ اما باید دانست آنچه سفارش دهنده به سازنده می‌پردازد، اجرت عمل وی نیست؛ بلکه قیمت عین ساخته شده است و بین قرارداد سفارش ساخت و اجاره اشخاص تفاوت‌های متعددی وجود دارد (سیفی زیناب، ۱۳۷۹: ۱۸۱). برخی قرارداد استصناع را عقدی مختلط یا مرکب دانسته‌اند که از چند عقد تشکیل شده است به گونه‌ای که ترکیبی از وکالت و اجاره

است بدین نحو که سازنده، وکیل در خرید ماده اولیه و اجیر بودن وی در ساخت کالا است (منصوری، ۱۳۹۰: ۲۵۵). برخی آن را ترکیبی از بیع و اجاره دانسته‌اند (لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۲۴)؛ اما همان گونه که برخی گفته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۱۲) واژه عقد مختلط یا عقد مرکب واژه مناسبی نیست. هر چند در قرارداد استصناع، عقود متعددی دخیل هستند؛ اما باید آن را یک عقد از عقود معین به حساب آورد که عرف بر آن اطلاق می‌کند و بقیه عقود که در آن مداخله دارند به عنوان شرط ضمن عقد محسوب کرد؛ خصوصاً این که مرکب بودن عقد بر خلاف توافق و قصد مشترک طرفین قرارداد است. در قرارداد استصناع هدف و اراده طرفین این است که فلان کالا توسط صانع ساخته شود و به ملکیت مستصنع در آید نه آنکه سفارش دهنده، ابتدا صانع را وکیل در خرید مواد اولیه کند یا مواد اولیه را از صانع بخرد، بعد او را در ساخت آن کالا اجیر نماید.

اعتبار استصناع در فقه و حقوق ایران

از نظر برخی فقها (طوسی، ۱۳۵۱: ۱۹۴) عقد استصناع صحیح نیست و دلیل آن را اجماع و مجهول بودن عین و صفت اعلام داشته‌اند در صورتی که دلیل اصلی شرع در اعلام بطلان برخی از معاملات، غرری بودن آن است در حالی که امروزه عرف عقلا آن را جایز می‌دانند (نقدی دور باطی، ۱۳۸۹: ۱۵۶) و برخی دیگر از فقها آن را عقدی صحیح دانسته‌اند که البته از طرف مستصنع و صانع جایز است (عابدینی، ۱۳۹۰: ۱۶۶) و برخی دیگر عقدی لازم و معتبر دانسته‌اند (شاهرودی، ۱۳۷۸: ۵؛ قمی، ۱۳۷۶: ۱۱۲)؛ حضرات آیات عظام خامنه‌ای، جوادی آملی، روحانی، صانعی، گرامی، فاضل لنکرانی، مکارم شیرازی، منتظری ونوری همدانی نقل از کمیحانی، ۱۳۷۸: ۹۰) که اکثر آن‌ها یا به صورت عقد مستقل یا در قالب یکی از عقود به صحت این عقد اعتقاد دارند و ادله‌ای استناد کرده‌اند که قبلاً به آن اشاره شد.

اعتبار استصناع در حقوق ایران

با استفاده از اصول متعددی از جمله اصل آزادی قراردادهای پیش بینی شده در ماده ۱۰ قانون مدنی و عدم تضاد با نظم عمومی، اخلاق حسنه و قوانین آمره و اصل صحت پیش بینی شده در ماده ۲۲۳ قانون مدنی، عرف، سیره عقلا و اصل اباحه می‌توان قرارداد استصناع را عقدی صحیح دانست (جزایری، ۱۳۸۹: ۳۰؛ انس زرقا، ۱۳۸۰: ۱۲۱).

کاربرد استصناع در نظام بانکی

از اولویت‌های اصلی بانکداری اسلامی، طراحی و ابداع ابزارهای مالی جدید در زمینه افزایش کارایی، جذب و تخصیص منابع بانکی است. در این راستا با رعایت ضوابط و مقررات شرعی، متناسب با نیازهای واقعی جوامع اسلامی، انواعی از ابزارهای مالی طراحی شده است. این ابزارهای مالی به «صکوک»

شهرت یافته است. از جمله این ابزارها، ابزارهای مالی انتفاعی با نرخ‌های سود معین هستند که بر اساس قراردادهای مبادله‌ای مانند مباحه، اجاره و استصناع طراحی شده است (سروش، ۱۳۹۱: ۳؛ اسماعیلی، ۱۳۹۱: ۱۹).

مفهوم صکوک

در خصوص صکوک گفته شده است: گواهی‌هایی با ارزش اسمی یکسان که پس از اتمام عملیات پذیره نویسی، نشان دهنده پرداخت مبلغ اسمی مندرج در آن توسط خریدار به فروشنده (ناشر) است و دارنده آن، مالک یک یا مجموعه‌ای دارایی‌ها، منافع حاصل از دارایی‌ها و یا ذی نفع پروژه یا یک فعالیت سرمایه گذاری خاص می‌شود (نجفی، ۱۳۹۱: ۳۷؛ نظیف، ۱۳۸۱: ۱۰۳). همچنین یک سند بهادار مالی که بر حقوق و تعهدات دارایی مشخص دلالت می‌کند تعریف شده است (مجتهد احمد، ۱۳۸۴: ۲۷۶).

تبدیل دارایی‌های عینی به اوراق بهادار

فرایندی است که طی آن مؤسسه‌ای که از یک طرف نیاز به تأمین مالی دارد و از طرف دیگر یک سری دارایی‌های فیزیکی و یا عینی قابل خرید و فروش در اختیار دارد، به پشتوانه این دارایی‌ها اقدام به انتشار اوراق مالی کرده و سرمایه‌گذاران با خرید این اوراق، مالکیت دارایی‌ها را تصاحب می‌کنند و به فرایند تأمین مالی مؤسسه نیز کمک می‌کنند. در کشورهای اسلامی با استفاده از این فرایند و تکنیک، ابزار جدید مالی به نام «صکوک» معرفی شده که در واقع جایگزینی است برای آن نوع از اوراق بهاداری که از دیدگاه شرعی با چالش مواجه هستند. صکوک را می‌توان اوراق قرضه اسلامی دانست، به این ترتیب که وجود دارایی عینی به عنوان پشتوانه این اوراق، چالش جدی پرداخت سود در اوراق قرضه بدون پشتوانه را مرتفع می‌کند (احمدی حاجی آبادی، ۱۳۸۹: ۹۶؛ فرجی، ۱۳۹۲: ۵۴).

انواع صکوک

سازمان حسابرسی نهادهای مالی اسلامی در استاندارد شرعی شماره ۱۷ علاوه بر تعریف صکوک، چهارده نوع صکوک سرمایه‌گذاری را معرفی کرده است که برخی از آن‌ها بر اساس عقود اسلامی طراحی شده است که عبارتند از: صکوک اجاره، مالکیت بر حق استفاده دارایی‌های موجود، بر حق استفاده از دارایی‌های آتی، حق استفاده از خدمات یک تولیدکننده خاص، حق استفاده از خدمات در آینده، سلف، استصناع، مباحه، مشارکت بر اساس قرارداد مشارکت مدنی، قرارداد مضاربه، مشارکت حقوقی، مزارعه، مساقات، مغارسه و امتیاز بهره‌برداری که از بین این موارد صکوک سلم، استصناع، اجاره، مباحه (فروش اقساطی) و مضاربه بیشتر مورد استفاده قرار گرفته است.

تعریف صکوک استصناع

اوراق استصناع (سفارش ساخت) اوراق بهاداری هستند که دارندگان آن‌ها به صورت مشاع، مالک دارایی مالی هستند که بر اساس عقد استصناع حاصل شده است. این اوراق قابل مبادله در بازار ثانویه و دارای بازده معین است (فرجی، ۱۳۹۲: ۹).

ارکان تشکیل دهنده اوراق استصناع

در طراحی اوراق بهادار استصناع عناصر متعددی دخیل هستند که عبارتند از:

- ۱ بانی: هر شخص حقوقی است که انتشار اوراق با هدف تأمین مالی وی صورت می‌گیرد.
- ۲ ناشر (واسط): هر شخص حقوقی است، که اوراق بهادار را منتشر می‌کند.
- ۳ سرمایه‌گذاران (دارندگان اوراق): اشخاص حقیقی یا حقوقی هستند که با خرید اوراق مالی، بانی را تأمین می‌نمایند.
- ۴ امین: شخص حقوقی است که بر کل فرایند انتشار اوراق بهادار نظارت دارد و تمامی نقل و انتقالات مالی با اجازه وی صورت می‌گیرد.
- ۵ شرکت تأمین سرمایه: شرکتی است که به عنوان واسطه بین ناشر و سرمایه‌گذاران فعالیت می‌کند.
- ۶ عامل: بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری که از طرف ناشر نسبت به دریافت وجوه از سرمایه‌گذاران و پرداخت اصل و سود اوراق در سررسید معین، طبق قرارداد عاملیت مبادرت می‌ورزد.
- ۷ ضامن: شخص حقوقی است که باز پرداخت اصل و سود متعلق به اوراق را در سررسیدهای مقرر تعهد و تضمین می‌نماید.
- ۸ مؤسسه رتبه بندی: شرکتی است که با اخذ مجوز از سازمان بورس به تعیین رتبه اعتباری اوراق اقدام می‌نماید (کاوند، ۱۳۸۹: ۱۵۰).

نحوه انتشار اوراق استصناع

همان‌گونه که گفتیم اشخاص حقوقی حقوق عمومی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی برای تأمین مالی و طرح‌های عمرانی و توسعه‌ای می‌توانند از طریق عقد استصناع اقدام کنند.

استصناع مستقیم

در این روش سفارش دهنده که درصدد احداث یا توسعه پروژه خاصی است و اعتبار مالی لازم برای انجام آن در زمان حاضر را ندارد با تشکیل یک مؤسسه مالی موقت به عنوان واسط، تأمین مالی و اجرای پروژه را از طریق قرارداد استصناع به آن می‌سپارد. مؤسسه مالی نیز طبق قرارداد استصناع دومی ساخت پروژه مذکور را به پیمانکار مربوط سفارش می‌دهد و در مقابل از طرف سفارش دهنده متعهد می‌شود که بهاء و قیمت پروژه را طبق زمان بندی مشخص به سازنده آن پردازد. در این روش سفارش دهنده به جای پرداخت وجه نقد در سررسیدهای مقرر، اقدام به

ویژگی های اوراق استصناع

۱- دارندگان اوراق استصناع هیچ گونه دخالتی در مدیریت فعالیت های اقتصادی ناشر اوراق ندارند و تنها در سررسید مشخص می توانند با مراجعه به بانک های عامل، مبلغ اسمی درج شده در این اوراق را مطالبه کنند.

۲- دارندگان اوراق استصناع می توانند بر اساس عرضه و تقاضای بازار برای این اوراق قبل از فرا رسیدن سررسید، این اوراق را خود مستقیماً به افراد حقیقی همراه با تنزیل، به فروش رسانند و یا با مراجعه به بانک یا فروش در بازار بورس، مبلغ تنزیل شده که کمتر از مبلغ اسمی درج شده در اوراق است را متناسب با مدت باقیمانده تا سررسید دریافت دارند.

۳- در صورتی که بازار بورس ثانوی فعالی برای اوراق استصناع به وجود آید، این اوراق از قدرت نقد شوندگی بالایی برخوردار هستند. بدین معنی که افراد با مراجعه به بازار بورس می توانند این اوراق را قبل از سررسید مندرج در این اوراق به فروش رسانند و به نقدینگی مورد نظر دست یابند (کاوند، ۱۳۸۹: ۱۵۷).

۴- تأمین مالی از این طریق، به دلیل عینی بودن کالا و طرحی که تأمین مالی می شود، سبب می گردد این عقد به درستی انجام گیرد و شبهه صوری بودن عقد به وجود نیاید.

۵- این اوراق با فراهم آوردن امکان جذب سرمایه های افراد ریسک گریز می تواند فرصت مناسبی را برای سرمایه گذاری در اختیار افراد قرار دهد؛ به دلیل این که قیمت این اوراق در سررسید متناسب با وضعیت رونق و رکود تغییر نخواهد کرد و مقدار ثابتی باقی خواهند ماند.

۶- این اوراق این توانایی را دارد که دغدغه های اعتباری پیمانکاران را، از طریق فراهم آمدن امکان فروش این اوراق قبل از سررسید برطرف کند. همچنین با نقد شدن اوراق استصناع، مشکلی از جهت افزایش نقدینگی ایجاد نمی شود، زیرا متناسب با رشد محصول، پول به جامعه تزریق می شود (آیتی، ۱۳۸۹: ۲۹).

نقش بانک های اسلامی در به کارگیری عقد استصناع

همانطور که ملاحظه کردیم عقد استصناع در تأمین مالی پروژه های خصوصی، پروژه های عمومی و اجتماعی نقش مهمی ایفاء می کند. به طور کلی می توان به دو نقش عمده برای بانک ها در این خصوص اشاره کرد.

نقش اول بانک ها

حضور در عقد استصناع به عنوان سرمایه گذار است. در این حالت بانک به نمایندگی از مستصنع، ماشین آلات یا ابزار مورد نیاز وی یا پروژه معینی را به صانع سفارش می دهد و بهای آن را به صورت نقد می پردازد؛ سپس بهای کالا یا هزینه پروژه مذکور را به صورت اقساط از مشتری یا سفارش دهنده یا کارفرما دریافت

اعطای اوراق بهادار استصناع متناسب با پیشرفت پروژه می کند. مؤسسه مالی اسناد مذکور را از طریق بانک سرمایه گذاری به مردم می فروشد و به نقدینگی لازم دست می یابد و سپس از محل آن ها، بدهی خود را به پیمانکار می پردازد.

استصناع غیر مستقیم

در قرارداد استصناع مستقیم، وزارتخانه ها و مؤسسات مستقیماً با پیمانکاران وارد مذاکره می شوند و اوراق استصناع را به خودشان می دهند؛ اما زمانی که طرح کوچک باشد و یا طرح بزرگی به طرح های کوچک تبدیل شود و پیمانکاران جزء نتوانند با وزارتخانه و ... مستقیماً وارد مذاکره شوند یا تخصص و توان لازم را به هر جهت برای فروش اوراق استصناع در بازار ثانویه نداشته و یا اساساً تمایلی به انعقاد چنین قراردادی نداشته باشند، این نهادها و مؤسسات می توانند با یک بانک معتبر، قرارداد استصناع ببندند و اوراق استصناع را به بانک بدهند؛ بانک اکنون به عنوان واسطه خود با پیمانکاران طرف قرارداد می شود و در این صورت بانک می تواند قرارداد استصناع دیگری با پیمانکاران جزء منعقد نماید و بخشی از مبلغ را هنگام قرارداد و بخش دیگری را به صورت اقساطی و متناسب با پیشرفت کار به این پیمانکاران تحویل دهد. بانک نیز می تواند تا سررسید اوراق استصناع صبر کند و کل مبلغ را در سررسید از انتشار دهنده آن طلب نماید و یا این که با مراجعه به بازار ثانویه و با تن دادن به تنزیل و متناسب با مدت باقیمانده تا سررسید، به پول نقد دست یابد. خریداران این اوراق نیز می توانند این اوراق را تا زمان سررسید نگهداری کنند یا در بازار ثانویه به فروش برسانند (موسویان، ۱۳۸۶: ۲۹).

استصناع و اجاره به شرط تملیک

در این روش بانی با تشکیل یک مؤسسه مالی واسطه متعهد می شود چنانچه واسطه کالا یا پروژه خاصی را احداث یا تولید نماید آن را از واسطه به صورت اجاره به شرط تملیک دریافت کند. واسطه طبق قرارداد استصناعی، ساخت کالا یا پروژه مورد نظر را به پیمانکار سفارش می دهد و در مقابل، متعهد می شود قیمت کالا یا پروژه را طبق زمان بندی مشخص بپردازد، واسطه بعد از کسب مجوزهای لازم، اوراق بهادار استصناعی را منتشر و از طریق شرکت تأمین سرمایه به مردم واگذار و وجوه آن را جمع آوری می کند سپس به وکالت از آنان قیمت پروژه را به پیمانکار می پردازد. واسطه کالا یا پروژه را از پیمانکار تحویل می گیرد و به وکالت از طرف صاحبان اوراق به بانی اجاره به شرط تملیک می دهد، بانی از محل بودجه خود یا از طریق واگذاری دارایی ساخته شده، اصل سرمایه و سود صاحبان اوراق را در قالب حقوقی اجاره به آنان می پردازد (همان).

می‌کند. در واقع، در این حالت تأمین مالی بر عهده بانک است و بانک متناسب با سرمایه مورد استفاده، سودی را از ما به التفاوت بهای نقدی کالا یا پروژه و قیمت اقساطی آن کسب می‌کند.

نقش دیگر بانک‌ها

نقش بعدی بانک، حضور به عنوان واسطه است. به این معنی که بانک به عنوان واسطه بین سرمایه‌گذاران، سفارش دهنده و سازنده کالا ایفای نقش دارد. در اینجا بانک از درصدی از ما به التفاوت بهای معوق شده کالا بهره‌مند می‌گردد. این ما به التفاوت، از هزینه تمام شده کالا یا بهایی که سفارش دهنده در سررسید می‌پردازد، به دست می‌آید. با انتشار اوراق استصناع به عنوان پشتوانه قرارداد استصناع منعقد شده بین بانک و سفارش دهنده، وجوه از میان سرمایه‌گذاران جمع‌آوری می‌شود. در این حالت، منابع بانک درگیر تأمین مالی ساخت کالا و تحویل آن به متقاضی نمی‌شود؛ بنابراین با توجه به مشکلات بانک‌ها در خصوص تجهیز منابع، کمبود منابع بانک‌ها خللی در استفاده از اوراق استصناع وارد نمی‌کند (ملاکریمی، ۱۳۹۰: ۲۹۳).

جایگاه عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا

بند نخست ماده اول قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ تحت عنوان اهداف نظام بانکی استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل با ضوابط اسلامی به منظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت و رشد اقتصاد کشور مطرح شده و در بند دوم نیز فعالیت در جهت تحقق اهداف و سیاست‌ها برنامه‌های اقتصادی دولت جمهوری اسلامی با ابزارهای پولی و اعتباری به صورت یکی از اهداف بیان شده است. در راستای وظیفه بانک‌ها به منظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت و رشد اقتصاد کشور با ابزارهای پولی و اعتباری مطلوب و ایجاد ابزارهای نوظهور، لزوم اضافه شدن عقد استصناع، مباحه و خرید دین به فصل سوم قانون عملیات بانکداری بدون ربا در سال ۱۳۹۰ مطرح شد. در واقع، پس از طرح موضوع از طرف شورای فقهی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و تبیین ماهیت فقهی-اقتصادی و کارکردهایی که این عقود می‌توانند در نظام بانکی کشور به همراه داشته باشند، پیشنهاد اضافه شدن عقود یاد شده به برنامه پنجم توسعه، توسط بانک مرکزی به مجلس شورای اسلامی ارائه شد. این پیشنهاد با نظر مساعد نمایندگان محترم مجلس مواجه شد و در ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم قرار گرفت. پس از آن، هیأت وزیران به استناد ماده ۹۸ در جلسه مورخ ۱۳۹۰/۵/۲ بخشنامه‌های شماره ۱۴ و ۱۵ و ۱۶ را که مرتبط با عقود استصناع، مباحه و خرید دین بود به منظور الحاق به آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکداری بدون ربا تصویب کرد.

دستور العمل اجرایی عقود سه‌گانه نیز در یکصد و بیست و هشتمین جلسه مورخ ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار به تصویب رسید و طی بخشنامه‌ای از طرف مدیریت کل مقررات، مجوزهای بانکی و مبارزه با پول شویی بانک مرکزی، به تمامی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیر بانکی ابلاغ شد. ماده نخست این دستور العمل استصناع را عقدی دانسته 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 و با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر می‌گردد. اعطای تسهیلات لازم به مشتریان در قالب عقد استصناع و واگذاری قرارداد ساخت به سازنده بر اساس عقد استصناع به منظور گسترش بخش‌های تولیدی از قبیل صنعت و معدن، مسکن و کشاورزی در ماده دوم آن تصریح شده است. بانک‌ها به موجب این دستور العمل در خصوص محصولات کشاورزی نمی‌توانند مبادرت به انعقاد استصناع نمایند؛ مگر آن که تبدیل محصول کشاورزی به محصول دیگر موضوع آن باشد. همان‌گونه که مطرح شد دو عقد استصناع وجود دارد. در عقد استصناع اول، مبلغ عقد، مشخصات اموال، دوره زمانی و شرایط ساخت و تحویل آن و نحوه محاسبه سود و بازپرداخت تسهیلات بین مشتری و بانک تصریح می‌شود. در این عقد استصناع اول، مبلغ و نحوه پرداخت آن باید معلوم و معین باشد و در هنگام انعقاد قرارداد، مشتری باید درصدی از مبلغ اموال موردنظر را به بانک پرداخت نماید و شرایط تحویل اموال موردنظر اعم از نقدی و اقساطی قید شود. پس از تکمیل اموال موردنظر طبق شرایط مندرج در عقد استصناع اول، مشتری ملزم به تحویل گرفتن آن است و بانک جهت اطمینان از بازپرداخت اصل سود و تسهیلات توسط مشتری، مبادرت به اخذ و تأیید و تضمین‌های مناسب می‌نماید.

در استصناع دوم عقدی است که پس از درخواست مشتری، بین بانک و سازنده، منعقد می‌شود و به موجب آن سازنده متعهد می‌شود در قبال دریافت مبلغ قرارداد طبق شرایط آن، اموال مورد نظر را در دوره زمانی معین به بانک یا نماینده آن تحویل دهد. در این عقد استصناع دوم، مشتری و سازنده نمی‌تواند شخص واحد باشد. در عقد استصناع اول، بانک با مشتری شرط می‌نماید که اجرایی شدن این قرارداد موقوف به انعقاد عقد استصناع دوم بین بانک و سازنده خواهد بود. مطابق ماده ۱۸ دستور العمل مذکور، مدت اجرای عقد استصناع دوم و تسویه مطالبات ناشی از آن حداکثر چهار سال تضمین می‌شود که با توجه به توجیهات مالی و امکان بازپرداخت با موافقت هیأت مدیره بانک قابل تمدید است. در عقد استصناع دوم باید مبلغ عقد و نحوه پرداخت آن، مشخصات اموال، شرایط ساخت و دوره زمانی تحویل کالا قید شود. این مبلغ عقد بخشی به صورت پیش پرداخت قبل از شروع اجرای عقد و مابقی به تناسب پیشرفت فیزیکی یا مستقل از آن با زمان بندی خاص به سازنده پرداخت می‌شود.

به موجب این عقد سازنده متعهد می شود مواد اولیه و اقلام مورد نظر برای ساخت را رأساً تهیه نماید. بروز هر گونه خسارت، معیوب بودن و عدم تطابق اموال با ویژگی های مقرر در عقد بر عهده سازنده است. در این دستورالعمل پیش بینی شده است که بانک ها می توانند به منظور نظارت بر حسن اجرای عقد استصناع دوم، مشتری را به عنوان ناظر و نماینده خود منصوب نمایند. بانک ها می توانند در طرح های بلند مدت، قراردادهای استصناع را در چندین مرحله با مشتری و سازنده منعقد و در آن قراردادهای شرط نمایند که با توافق طرفین، قراردادهای بعدی استصناع منعقد می گردد. در این دستورالعمل امکان فسخ قرارداد قبل از شروع فرایند ساخت اموال با تقبل خسارات احتمالی پیش بینی شده است.

بحث و نتیجه گیری

همان گونه که ملاحظه کردیم استصناع، قراردادی است بین دو شخص مبنی بر تولید کالایی خاص یا اجرای پروژه ای با ویژگی های مشخص در آینده که سفارش گیرنده در ازای گرفتن بهای آن در زمان های توافق شده متعهد می شود مواد اولیه و کالاهای مورد نیاز پروژه را تهیه کند و در زمان مشخص، کالا یا پروژه مذکور را به سفارش دهنده تحویل دهد.

در خصوص، ماهیت استصناع بین فقها و حقوق دانان دیدگاه های متفاوتی وجود داشت که به بیان آن پرداختیم. در حقوق ایران، عده ای از حقوق دانان آن را از مصادیق عقد بیع یا اجاره بررسی می کنند و برخی آن را در زمره عقود غیرمعین و در قالب عقود مختلط مورد بررسی قرار می دهند؛ لیکن به نظر می رسد این قرارداد، عقدی مستقل با ویژگی های خاص خودش باشد. هر چند برخی فقها با استناد به غرری بودن و مجهول بودن آن قابلی به بطلان این عقد بودند؛ لیکن مشهور فقها و در حقوق ایران به عنوان یک قرارداد معتبر و نافذ است.

از ماده ۱۰ قانون مدنی و توجه به اصولی همچون احترام به اراده طرفین و آزادی قراردادی، و اصل صحت و رجوع به عرف و سیره عقلا می توان حکم به صحت این قرارداد، صادر کرد. با توجه به کاربرد این عقد در راستای تأمین مالی طرح های بخش خصوصی، عمومی و دولتی در ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه به مصادیق عقود مورد استفاده بانک ها صراحتاً پیش بینی شد که در مرداد ماه سال ۱۳۹۰ دستورالعمل اجرایی آن نیز به تصویب شورای پول و اعتبار رسید و به کلیه بانک ها و مؤسسات مالی و اعتباری ابلاغ شد.

امروزه اوراق استصناع از جمله ابزارهای مالی با سود معین است که به موجب آن دولت و بخش خصوصی با استفاده از این عقد می تواند بودجه خود را برای ساخت پروژه های عمرانی یا کالاهای خاص تأمین کنند. در این راستا گاه بانک به عنوان سرمایه گذار وارد قرارداد استصناع می شود و بهای آن را می پردازد و سپس بهای کالا یا پروژه را به صورت اقساطی

از مشتری دریافت می کند و گاه به عنوان واسطه وارد این عقد می شود و به نمایندگی از متقاضی کالا یا پروژه با سازنده یا پیمانکار وارد این عقد می شود به نحوی که به عنوان واسطه بین سرمایه گذاران، سفارش دهنده و سازنده کالا یا پروژه ایفای نقش می کند. وجوه پروژه در این حالت از میان سرمایه گذاران با انتشار اوراق استصناع جمع آوری می شود. این اوراق به پشتوانه قرارداد استصناعی که میان بانک و سفارش دهنده منعقد می شود، منتشر می شود. در این نقش بانک عنوان صانع را دارد و خود این پروژه را دوباره میان پیمانکاران دیگری در قالب عقود دیگر به صورت مناقصه واگذار می کند و در سررسید اوراق، سهم خود را برمی دارد. در خصوص بازار ثانویه اوراق استصناع باید متذکر شد که خرید و فروش این اوراق به صورت خرید و فروش دین است که از دیدگاه مشهور فقهای امامیه، ایرادی ندارد چون حاکی از دین واقعی است. از لحاظ قانونی نیز خرید و فروش دین (تنزیل اسناد و اوراق تجاری) بر مبنای آیین نامه موقت تنزیل اسناد و اوراق تجاری مصوب سال ۱۳۶۱ مورد عمل بانک ها است.

منابع

- ابن منظور، محمد بن مكرم (۱۹۸۷). لسان العرب. جلد ۷. قاهره: دارالمعارف.
- ابراهیم مصطفی، احمد حسن (۲۰۰۴). العجم الوسيط. چاپ چهارم. قاهره: انتشارات مکتب الشروق الدولیه.
- ابن عابدین، محمد (بی تا). رد المختار علی الدر المختار. جلد ۴. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- احمدی حاجی آبادی، سید روح الله (۱۳۸۹). «بررسی فقهی نظری اوراق بهادار اسلامی». نشریه راهبرد توسعه. شماره ۱۲. صص ۹۵-۱۱۲.
- اسماعیلی، حمید رضا (۱۳۹۱). «تأمین مالی اسلامی». مجله بانک و اقتصاد. شماره ۵۸.
- انصاری، مسعود؛ طاهری، محمد علی (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی. جلد ۱. تهران: انتشارات محراب فکر.
- آیتی، سید محمدرضا؛ آل بویه، علی (۱۳۸۹). «بررسی فقهی قرارداد استصناع در بازار بورس». پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی. سال سوم. شماره ۵. صص ۳۴-۹.
- بجنوردی، میرزا حسن (۱۴۱۹). القواعد الفقهیه. جلد ۲. قم: مطبعة الهادی.
- بنی اسدی، حمیدرضا (۱۳۸۷). «بررسی ماهیت قرارداد سفارش ساخت و اعتبار آن در فقه و حقوق». پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- جزایری، مینا (۱۳۸۹). «عقد استصناع و استفاده از آن در نظام بانکی کشور». مجله بانک و اقتصاد. شماره ۵۲. صص ۳۳-۳۰.
- جعفرپور، جمشید (۱۳۷۸). «بیع استصناع». پژوهش نامه متین. شماره ۳ و ۴. صص ۱۸۶-۱۷۱.

- خیمینی، سید روح الله (۱۳۹۷). کتاب البیع. جلد ۵. نجف: مطبعة الاداب.
- زرقا، محمد انس (۱۳۸۰). «گواهی استصناع (سفارش ساخت)». فصلنامه اقتصاد اسلامی. شماره ۱. صص ۱۲۸-۱۲۰.
- سرخسی، شمس الدین (۱۳۲۴). المبسوط. جلد ۱۳. مصر: انتشارات مطبعة السعادة.
- سروش، ابوذر (۱۳۹۱). «مروری بر ابزارهای مالی اسلامی با تأکید بر اوراق سفارش ساخت». مجله بانک و اقتصاد. شماره ۵۸.
- سیفی زیناب، غلامعلی؛ حسن زاده، منصوره (۱۳۷۹). «استصناع در فقه و حقوق ایران». مجله تحقیقات حقوقی. شماره ۵۰. صص ۲۱۸-۱۶۱.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). تشکیل قراردادهای و تعهدات. چاپ پنجم. تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- طوسی، ابو جعفر (۱۳۵۱). المبسوط فی فقه امامیه. جلد ۲. چاپ سوم. تهران: مکتبه المرتضویة.
- عابدینی، حسین؛ دهقان نژاد، عباس (۱۳۹۰). «تحلیل مفهوم عقد استصناع». فصلنامه مطالعات دولت اسلامی. سال ۱. شماره ۱. صص ۱۹۰-۱۵۷.
- فرجی، شهرزاد (۱۳۹۲). «ابزارهای نوین تأمین مالی کاربرد اوراق قرض الحسنه، مباحه، اجاره و استصناع در سیستم بانکی». مجله بانک و اقتصاد. شماره ۶۲.
- قنواتی، جلیل و دیگران (۱۳۷۹). حقوق قراردادهای در فقه امامیه. جلد ۱. چاپ دوم. تهران: انتشارات سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها). جلد ۲. چاپ چهارم. تهران: شرکت بهمن برنا.
- (۱۳۸۴). حقوق مدنی (معاملات معوض عقود تملیکی). چاپ نهم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاوند، مجتبی (۱۳۸۹). گفتارهایی درباره اوراق بهادار اسلامی. انتشارات: دانشگاه امام صادق (ع).
- کمیجانی، اکبر (۱۳۷۸). «تقاضا و عرضه اوراق استصناع به منزله ابزار پولی». مجموعه مقالات هجدهمین همایش بانکداری اسلامی.
- لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲). فرهنگ عناصر شناسی حقوق مدنی و حقوق جزاء. تهران: انتشارات گنج دانش. جلد ----- (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. جلد ۱. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱. مجتهد، احمد (۱۳۸۴). پول و بانکدار و نهادهای مالی. تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.
- ملاکریمی، فرشته (۱۳۹۰). مباحه، خرید دین و استصناع. تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
- منتظری، حسینعلی (۱۳۸۰). رساله استفتائات. جلد ۱. قم: مرکز پژوهش.
- منصوری، سعید (۱۳۹۰). «بررسی ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران». فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران. دوره ۴۱. صص ۲۶۰-۲۳۹.
- موسویان، سید عباس (۱۳۷۸). «تقاضا و عرضه اوراق استصناع به منزله ابزار پولی». مجموعه مقالات هجدهمین همایش بانکداری اسلامی.
- (۱۳۸۶). «صکوک مباحه ابزارهای مالی مناسب برای بازار پول و سرمایه اسلامی». دوفصلنامه جستارهای اقتصادی. شماره ۱۱. صص ۳۲-۹.
- مؤمن، محمد (۱۳۷۶). «استصناع قرارداد سفارش ساخت». مجله فقه اهل بیت. شماره ۱۱ و ۱۲. صص ۲۳۹-۲۰۱.
- نجفی، مهدی (۱۳۹۱). «بررسی فرایند تأمین مالی از طریق انتشار اوراق صکوک». مجله ماهانه بورس. شماره ۵۳. صص ۴۳-۳۶.
- نظرپور، محمد نقی (۱۳۸۸). «استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع». مجله فقه اهل بیت. شماره ۶۷. صص ۱۶۸-۱۲۱.
- نظیف، جی آدامز (۱۳۸۱). صکوک الگوهای ساختار بندی انتشار و سرمایه گذاری. ترجمه دکتر ناصر شاهباز. تهران: نشر برنا.
- نقدی دور باطی، مریم؛ حیدریان، محمدرضا (۱۳۸۹). «جایگاه بیع استصناع (قرارداد سفارش ساخت) در فقه شیعه و سنی». فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن. سال ۶. شماره ۲۴. صص ۱۷۰-۱۵۲.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۸). «در استصناع». مجله فقه اهل بیت. شماره ۱۹ و ۲۰. صص ۲۴-۳.