

تحلیل فقهی و حقوقی صکوک استصناع

محمدباقر پارساپور*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس

محمد والاّئی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۷/۲۹ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۳/۳/۱۲)

چکیده

یکی از انواع صکوک، صکوک استصناع است. این صکوک بر مبنای عقد استصناع و برای ساخت مال معین و یا تکمیل آن و یا احداث پروژه‌های عمرانی منتشر، عرضه و منتقل می‌شود. صکوک استصناع بر دو نوع است: نوع ساده (مستقیم و غیرمستقیم) بر پایه سند دین، و نوع پیچیده (به موجب دستورالعمل)، که هر یک به صورت جداگانه بررسی می‌شود. ماهیت حقوقی عمل صدور (انتشار) از نظر تجاری و مدنی در نوع اول اگر از سوی تاجر صورت پذیرد، عملی تجاری و در غیر این صورت عملی مدنی است و در نوع دوم چون الزاماً از سوی اشخاص حقوقی تاجر صورت می‌گیرد، عملی تجاری شمرده می‌شود. ماهیت عرضه صکوک در نوع اول، عرضه و انتقال سند طلب، و در نوع، عرضه و انتقال سهم‌الشرکه است. ماهیت واگذاری در مراحل بعدی (بازار ثانویه) نیز انتقال طلب در نوع اول و انتقال سهم‌الشرکه در نوع دوم است.

واژگان کلیدی

انتقال دین و طلب، اوراق بهادار، بازار ثانویه، صکوک استصناع، عقد استصناع.

۱. مقدمه

بشر برای رفع نیازهای خود که روزبه‌روز بر تعداد آنها افزوده می‌شود، به دنبال راه‌حل می‌گردد. اگر راه‌حل‌های گذشته نتواند نیاز او را برآورده سازد، دست به ابتکارات جدید می‌زند. این ابتکارات نوین از جنبه‌های مختلف قابل بررسی است. یکی از این نیازها اجرای پروژه‌های عظیم با استفاده از سرمایه‌های کلان است که او را وادار کرده مشارکت گروه‌کثیری از اشخاص را فرا هم سازد. اگر در گذشته امکان آن وجود داشت که چند نفر با یکدیگر در فعالیتی اقتصادی به مشارکت بپردازند، امروزه به دلیل نیاز به سرمایه‌های کلان، اعتماد نکردن اشخاص به یکدیگر، لزوم جذب سرمایه‌های کوچک و سرگردان، استفاده کوتاه‌مدت از سرمایه‌ها و سوق دادن آنها به سوی عمران و آبادانی و توسعه کشور، اجرای سیاست‌های اقتصادی دولت‌ها و کنترل نقدینگی، راه‌حل‌های گذشته جوابگو نیست و نخواهد بود و نیز دلایلی همچون مشکلات تأسیس شرکت، ورود به قراردادهایی مانند مشارکت و مضاربه با ریسک بالا، ریسک ناپذیری سرمایه‌گذاران، آگاهی نداشتن از جریان مالی کشور و امکان پیش‌بینی اقتصادی آینده، امکان سرمایه‌گذاری در قالب شرکت و قرارداد مدنی را کاهش داده است. در کشورهای دیگر و حتی در کشور ایران قبل از انقلاب اسلامی، راه‌حل مطرح‌شده، صدور اوراق قرضه با سود ثابت بوده است. تاریخ انتشار اوراق مالی این‌چنینی نشان از موفقیت نداشتن آنها دارد. برای نمونه در قانون بودجه سال ۱۳۲۰ش به وزارت دارایی اجازه انتشار اسناد خزانه با سررسیدهای حداکثر چهارماهه با نرخ شش درصد داده شده بود که به علت استقبال نکردن، سازمان‌های دولتی موظف به خرید آن شدند؛ با این‌همه فقط نصف آنها به فروش رسید. در سال ۱۳۳۰ش مجلس شورای ملی و سنا برای اجرای قانون ملی شدن صنعت نفت، به وزارت دارایی اجازه دادند تا دو میلیارد ریال اوراق قرضه دو تا چهارساله را با بهره سالانه شش درصد منتشر کند. چون انتشار این اوراق جنبه ملی به خود گرفت، مردم ۳۵۰ میلیون ریال از آن را خریداری کردند. این نشان از موفقیت نداشتن راه‌حل به علت ماهیت ربوی آن بوده است. همچنین با وجود پیش‌بینی لایحه قانون تجارت در مواد ۵۱ الی ۷۱ مبنی بر صدور اوراق قرضه از سوی شرکت‌های سهامی، به علت پیش‌گفته این کار موفقیت‌آمیز نبوده است. بعد از انقلاب اسلامی و نیاز شدید به تغییر در سیستم ربوی بانکی تأمین مالی، نسبت به تغییر ظاهری سیستم به سرعت اقدام شد. ولی این سیستم با وجود ظاهری اسلامی همان ماهیت قبلی را حفظ کرد. تبصره ماده ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین‌نامه‌های اجرایی و دستورالعمل‌ها به شکل ظاهری به عقود اسلامی پرداختند، ولی در عمل با تعیین سودهای علی‌الحساب و قطعی، و پرداخت سود علی‌الحساب به عنوان سود قطعی پروژه‌ها به سرمایه‌گذاران، ماهیت ربوی خود را حفظ کردند (کميجانی و نظریور، ۱۳۸۷، ص ۷۳). اما این وضعیت

نمی‌تواند به صورت درازمدت ادامه داشته باشد، زیرا اقتصاد اسلامی که تکیه‌اش بر رشد و شکوفایی و عمران و مشارکت برای رسیدن به این منظور است باید برای تأمین مالی پروژه‌های کشور اسلامی، راهکارهایی ارائه نماید که هم دارای پایه‌های اساسی و واقعی بوده، هم شائبه ربوی بودن آن‌ها کاملاً منتفی باشد؛ چراکه ربوی بودن معاملات در شرع مقدس اسلام به شدت محکوم، و رباخواری محاربه با خداوند شمرده شده است (بقره/۲۷۹). به این منظور در سال ۱۳۸۴ش قانون بازار اوراق بهادار در بند ۴ ماده ۴ خود تصویب ابزارهای مالی جدید را برعهده شورای عالی بورس اوراق بهادار گذاشت و سپس قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید برای تسهیل اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در بند دال ماده ۱ نهاد واسط را برای انتشار صکوک بر اساس قراردادهای واقعی به رسمیت شناخت.^۱ اما ریسک‌گریزی سرمایه‌گذاران موجب شد تا در قراردادهای مشارکت دوباره بحث از سود علی‌الحساب و قطعی به میان آید که سابقه این‌گونه صکوک نشان می‌دهند که سرمایه‌گذاران به سود علی‌الحساب چشم دوخته و دست‌اندرکاران نیز در صدد محاسبه سود قطعی حاصل از قراردادهای مشارکت نبوده‌اند، و به همان محاسبه سود علی‌الحساب قناعت نموده، مال موضوع مشارکت را در قبال اصل سرمایه و سود علی‌الحساب و هزینه‌ها در اختیار بانی قراردادده‌اند. اما از این رهگذر می‌توان فهمید که صکوک اجاره به دلیل ریسک پایین و مالکیت مشاعی واقعی و قانونی سرمایه‌گذار بر عین مستاجر، ربوی نبودن سود حاصله (از نظر تئوری و عمل) و نیز قدرت نقدشوندگی بالا در بازار ثانوی دارای موفقیت بوده است (موسویان، ۱۳۹۰، ص ۳۷۴ و ۳۷۵). اما چون صکوک اجاره برای عین معین موجود کاربرد داشت و پاس‌خستگی طرح‌های عمرانی نبود، صکوک استصناع مورد توجه قرار گرفت. این صکوک که آخرین دستورالعمل آن در تاریخ ۱۳۹۱/۳/۲ در شورای پول و اعتبار به تصویب رسید و از حیث قرارداد پایه و ماهیت حقوقی آن و فرآیند انتشار، عرضه و نقل و انتقال اوراق با دیگر صکوک متفاوت است، پا به عرصه مالی و حقوقی کشور نهاد. این صکوک برخلاف سایرین به دو گروه اساسی و با ماهیت‌های متفاوت تقسیم می‌شود. از این‌رو ضروری است که در آغاز به چگونگی فرآیند انتشار این دو گروه پرداخته، سپس ماهیت حقوقی آن‌ها از حیث انتشار، عرضه و انتقال بررسی گردد.

۱. بند دال مقرر می‌دارد «نهاد واسط؛ یکی از نهادهای مالی موضوع قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران است که می‌تواند با انجام معاملات موضوع عقود اسلامی نسبت به تأمین مالی از طریق انتشار اوراق بهادار اقدام نماید».

۲. مفهوم صکوک استصناع

صکوک جمع صک به معنای سند و سفته است و معرب واژه چک در فارسی است. اعراب این واژه را توسعه داده، در انواع اسنادی که از آن تعهد و اقراری ایفاد گردد به کار می‌برند. استاندارد شرعی شماره ۱۷ سازمان حسابداری و حسابرسی نهادهای مالی اسلامی^۱ صکوک را این‌گونه تعریف کرده است: «اسنادی با ارزش اسمی برابر که پس از اتمام پذیره‌نویسی، مبین پرداخت مبلغ اسمی مندرج در آن توسط خریدار به ناشر و مالکیت در یک یا مجموعه‌ای از اموال، منافع حاصل از اموال و اموال زیربنایی، همچنین داشتن نفع در یک پروژه یا فعالیت سرمایه‌گذاری خاص می‌باشد». دستورالعمل اجرایی، صکوک استصناع را این‌گونه تعریف می‌کند: «اوراق بهادار بانام یا بی‌نام قابل نقل و انتقالی است که دارنده آن مالک مشاع دارایی پایه قرارداد استصناع می‌باشد» (بند ج ماده ۱ دستورالعمل). بنابر تعاریف پیش‌گفته، صک یک سند است که بر مبنای یک قرارداد و یا مجموعه‌ای از قراردادهایی که به ساخت و تکمیل مال منقول و یا غیرمنقول می‌انجامد، صادر و عرضه می‌شود و به گردش درمی‌آید. ارزش و اعتبار و ماهیت حقوقی این سند بستگی تام به قرارداد و یا قراردادهایی دارد که منجر به صدور آن شده است.

۳. شیوه‌های انتشار صکوک استصناع

۳.۱. شیوه‌های ساده

۳.۱.۱. شیوه اول. در این روش، سفارش‌دهنده (مستصنع) برای انجام خواسته با پیمانکار قرارداد استصناع (قرارداد پایه) منعقد نموده، متعهد می‌شود در فاصله‌های زمانی معین و یا در پایان انجام پروژه هزینه آن (بها و اجرت) را بپردازد. ولی چون اعتبار مالی لازم را هم‌اکنون ندارد و ممکن است پیمانکار نیازمند وجوه نقد باشد، سفارش‌دهنده به جای وجوه نقد، اوراق استصناع (به‌طور مستقیم و یا از طریق نهاد واسط) منتشر و با سررسید معین تحویل پیمانکار می‌دهد. پیمانکار می‌تواند صبر کند و در سررسید وجه اوراق را از سفارش‌دهنده دریافت نماید یا اوراق صادره را در بازار (به‌صورت مستقیم یا از طریق نهاد واسط) به فروش رسانده، وجه نقد به‌دست آورد (نظریور، ۱۳۸۵، ص ۵۳). بدیهی است که ارزش و اعتبار اوراق یادشده بر اساس اعتبار صادرکننده و زمان سررسید متفاوت خواهد بود.

۳.۱.۲. شیوه دوم. در این روش، بانی (مستصنع) قرارداد استصناع را با یک مؤسسه اعتباری منعقد کرده، اوراق استصناع را منتشر و تحویل آن مؤسسه اعتباری می‌دهد، و آن مؤسسه اعتباری هم قرارداد استصناع دومی یا چندین قرارداد استصناع کوچکتر با پیمانکاران

1. (AAOIFI)Accounting and auditing for Islamic Financial .

منعقد می‌کند. در این نوع قرارداد مؤسسه اعتباری می‌تواند اوراق استصناع را در بازار فروخته، وجه نقد به‌دست آورد و یا تا سررسید صبر نماید و وجه اوراق را از بانی (سفارش‌دهنده) وصول نماید. ولی پیمانکار یا پیمانکاران دوم و فرعی، وجوه مربوط به قرارداد را در فواصل زمانی مقرر به صورت نقد از مؤسسه اعتباری دریافت می‌کنند و یا اگر مایل باشند، می‌توانند به‌جای وجه نقد صکوک استصناع صادره را اخذ نموده، در سررسید آن‌ها مبلغ صکوک را از بانی دریافت نمایند (موسویان، ۱۳۹۰، ص ۴۰۲ الی ۴۰۴). آنچه در این دو نوع سند مشترک می‌باشد، این است که هر دو از بدهی مستصنع به صانع با سررسیدهای متفاوت حکایت دارد. به سخن دیگر، این صکوک استصناع، سند دیون موجد مستصنع هستند.

۲.۳. شیوه پیچیده (موضوع دستورالعمل)

اما روش پیش‌بینی شده در دستورالعمل صدور و انتشار اوراق استصناع، روش پیچیده است. در این شیوه، بانی (مطابق قانون برنامه و دستورالعمل؛ دولت، شرکت دولتی، شهرداری و یا مؤسسه اعتباری می‌باشد) برای تأمین مالی پروژه‌های خود یک عامل را که مؤسسه‌ای مالی است انتخاب نموده، به تأیید بانک مرکزی می‌رساند (بند و ماده ۱ دستورالعمل). عامل به تأسیس یک شخص حقوقی که منحصراً تا سررسید اوراق استصناع اعتبار دارد و ناشر نامیده می‌شود، اقدام می‌کند. ناشر برای اجرای پروژه موردنظر الف) پیش‌قرارداد استصناعی با پیمانکار موردنظر به‌عنوان کارگزار سرمایه‌گذاران آینده (خریداران اوراق صکوک استصناع) منعقد می‌نماید تا این پروژه را در مدت معین اجرا و تحویل ناشر نماید. ب) پیش‌قرارداد اجاره به شرط تملیک کالایی را که بعداً ساخته و یا احداث می‌شود، به نیابت از سرمایه‌گذاران با بانی منعقد می‌کند که اجاره‌بها و سررسید پرداخت آن‌ها طبق توافق طرفین و با تأیید بانک مرکزی تعیین می‌شود (بند ۳ ماده ۱۲ دستورالعمل) و به موجب این قرارداد اجاره به شرط تملیک، مالکیت پروژه در پایان مدت قرارداد به بانی منتقل می‌گردد (بند ک ماده ۱ دستورالعمل). ج) پیش‌قرارداد نظارت با بانی منعقد می‌شود که به موجب آن بانی به عنوان ناظر پروژه تعیین، و در طول دوره اوراق، بر پیشرفت و کیفیت ساخت پروژه نظارت می‌نماید (ماده ۸ دستورالعمل). د) پیش‌قرارداد ضمانت زمانی منعقد می‌شود که به موجب آن، ضامن وظیفه تضمین پرداخت مبلغ اجاره‌بها و به تناسب شرایط، بهای خرید دارایی از بانی به ناشر و از ناشر به دارندگان صکوک را برعهده داشته باشد و ضامن صرفاً باید از میان مؤسسات اعتباری تحت نظارت بانک مرکزی، بیمه‌ها، شرکت‌های تأمین سرمایه، شرکت‌های سرمایه‌گذاری و نهادهای عمومی غیردولتی انتخاب شود و به تأیید بانک مرکزی برسد. توجه به این نکته ضروری است که به‌موجب دستورالعمل، بانی نمی‌تواند ضامن باشد، ولی عامل می‌تواند ضامن هم باشد (ماده ۶

دستورالعمل و تبصره ۱ و ۳ آن)^۱. گفتنی است که هدف از انعقاد این پیش قراردادها از سوی ناشر، امکان بررسی کیفی و کمی صکوک استصناع است که بر اساس آن‌ها مجوز انتشار صادر خواهد شد. همچنین یکی دیگر از اهداف این پیش قراردادها فرار از ریسکی است که ممکن است پس از اخذ مجوز از بانک مرکزی طرفین قراردادها از انعقاد قرارداد اصلی خودداری نمایند (نظریور و خزائی، ص ۱۲). ناشر پس از انعقاد قراردادهای یادشده، نسخه‌ای از آن‌ها به انضمام دیگر مدارک مربوط به اعتبار بانی، به بانک مرکزی ارسال و مجوز انتشار صکوک استصناع را دریافت می‌نماید. بانک مرکزی پس از ملاحظه مدارک، مجوز انتشار اوراق استصناع را صادر می‌کند و ناشر به صدور صکوک به اندازه موردنظر اقدام می‌نماید. این صکوک تحویل عامل شده و عامل آن‌ها را بر خریداران عرضه می‌کند (ماده ۵ دستورالعمل) و وجوه حاصل از فروش صکوک را تحویل ناشر داده، وی وجوه ناشی از انتشار و عرضه صکوک استصناع را صرفاً در حسابی که قبلاً به بانک مرکزی معرفی کرده است، واریز می‌نماید. با واگذاری صکوک استصناع، سرمایه‌گذاران منابع خودشان را به ناشر مصالحه می‌کنند تا به عنوان کارگزار آنان، به مصرف وجوه حاصل از واگذاری صکوک استصناع صرفاً برای ساخت دارایی (پروژه موردنظر) و اجاره به شرط تملیک آن به بانی اقدام نماید. اما برخلاف قاعده اولیه مشارکت (ماده ۵۸۹ ق م)، مالک صکوک استصناع که یکی از شرکای موضوع عقد استصناع می‌باشد، نمی‌تواند تقسیم دارایی را تقاضا کند (بند ۱ ماده ۱۲ دستورالعمل و تبصره همان بند)، زیرا مطابق ماده ۵۸۶ ق م که تعیین مدت را مانع رجوع می‌داند، عقد استصناع برای ساخت موضوع آن مدت‌دار است. ناشر پس از انجام این امور، گزارشی از عملکرد خود به بانک مرکزی ارائه می‌کند و بانک مرکزی اجازه امکان تصرف در حساب یادشده را به ناشر می‌دهد تا مطابق شرایط پیشرفت کار به پیمانکار پرداخت شود. عامل نیز تکلیف دارد که پروژه در دست ساخت و احداث را مطابق پیشرفت آن نزد شرکت‌های بیمه ایرانی و یا کنسرسیومی از شرکت‌های داخلی و خارجی بیمه نماید. بدیهی است که در این روند، سرمایه‌گذاران، مستصنع قرارداد استصناع و پیمانکار یا پیمانکاران، صانع این قرارداد می‌باشند، و بانی به عنوان مستاجر مال آتی است که به موجب قرارداد اجاره به شرط تملیک بعداً مالک خواهد شد. در نتیجه با پیشرفت پروژه، هر سرمایه‌گذار به نسبت اوراق خریداری در مصنوع شریک می‌گردد (بند ج ماده ۱ دستورالعمل). براین اساس، خریدار صکوک، خریدار مال مشاع به نسبت پیشرفت پروژه خواهد بود.

۱. گفتنی است، تبصره ۱ این ماده با بند ب ماده ۸۳ قانون برنامه مغایر است، زیرا بند یادشده تضمین را برعهده بانی قرارداد است.

۴. تمایز صکوک استصناع از صکوک اجاره

فرآیند صکوک اجاره ممکن است به دو طریق جریان یابد: الف) شخص حقیقی یا حقوقی (بانی) نیاز به شیئی خاص دارد، ولی توان مالی خرید آن را ندارد. برای همین، می‌تواند از یک نهاد مالی و یا شخص واسط که خود تأسیس می‌کند درخواست نماید که مال موردنظر را خریداری، و به بانی به صورت اجاره به شرط تملیک منتقل نماید و نهاد واسط نیز برای تأمین منابع مالی اقدام به انتشار صکوک اجاره نموده، آن‌ها را به سرمایه‌گذاران منتقل می‌کند و ضمن سند انتقال صکوک و دریافت وجه از طرف ایشان، نمایندگی اخذ نموده، مال موضوع اجاره را خریداری و به صورت اجاره به شرط تملیک به بانی انتقال می‌دهد. در این فرض دارندگان صکوک اجاره، مالک مشاعی مال خریداری می‌شوند؛ مالی که به نمایندگی از طرف ایشان به صورت اجاره به شرط تملیک به بانی واگذار شده است. ب) بانی که نیاز به منابع مالی نقد دارد، اقدام به تأسیس یک شخصیت حقوقی که عمر آن به مدت قرارداد اجاره خواهد بود، می‌نماید. سپس کالایی را که قابلیت اجاره دادن دارد به این شخص حقوقی تملیک می‌کند با این شرط که بهای آن را به صورت صکوک منتشر و به سرمایه‌گذاران واگذار نماید و سپس همان کالا را به صورت اجاره به شرط تملیک به بانی منتقل کند. واسط که همان ناشر خواهد بود، اقدام به انتشار صکوک اجاره می‌نماید. با واگذاری صکوک، سرمایه‌گذاران مالک مشاعی مال موضوع عقد اجاره می‌شوند. ناشر ضمن واگذاری صکوک، نمایندگی می‌گیرد که کالای موضوع عقد اجاره را به صورت اجاره به شرط تملیک به بانی واگذار نماید. این اوراق عموماً دارای کوپن بوده، حکایت از اجاره‌بهای مال مشاع دارند. این کوپن‌ها در سررسید از طریق ناشر تبدیل به وجه نقد شده، به دارندگان آن‌ها تحویل می‌گردد. همچنین در پایان مدت اجاره با دریافت اصل صکوک از دارنده سهم مشاعی، بهای اصل مال پس از کسر هزینه‌ها و حق‌الزحمه ناشر تحویل دارنده صکوک شده، تسویه حساب انجام می‌شود. البته هزینه‌ها در محاسبه اولیه برآورد شده، در زمان تسویه مبلغ اسمی صکوک به دارنده پرداخت می‌شود و عمر نهاد واسط پایان می‌پذیرد. با مقایسه فرآیند انتشار و نحوه مالکیت سرمایه‌گذاران در دو نوع صکوک، مشخص می‌شود که نهاد صکوک اجاره به صکوک استصناع نوع دوم نزدیک است. ولی تفاوت عمده این دو نهاد در کالای موضوع قرارداد پایه است، و آن اینکه در صکوک اجاره، کالا باید موجود باشد؛ درحالی که در صکوک استصناع کالا موجود نیست و یا حداقل کالا ناقص است و باید ساخته یا کامل شود. از نظر مشروعیت و ریسک‌پذیری و بازار ثانویه می‌توان هر دو را یکسان دانست، ولی صکوک اجاره با صکوک استصناع نوع اول تفاوت ماهوی دارد؛ زیرا سند صکوک نوع اول سند طلب، و صکوک اجاره سند مالکیت مشاع است.

از نظر مشروعیت و وجود نظریات مختلف در انتقال طلب به کمتر از مبلغ اسمی (تنزیل) و ریسک‌پذیری و بازار ثانویه هم می‌توانند با یکدیگر متفاوت باشند.

۵. قراردادهای استفاده‌شده در صکوک استصناع

برابر ماده ۱۲ دستورالعمل، صکوک استصناع شامل سه قرارداد است که لازم است این قراردادها به صورت مختصر بررسی شوند.

۵.۱. قرارداد پایه (استصناع)

استصناع واژه‌ای عربی از باب استفعال و از ریشه صنع به معنای طلب ساختن است. فقیهان در تعریف این عقد گفته‌اند که استصناع عبارت است از توافق با صاحبان صنایع مبنی بر ساخت چیز معین برای متقاضی مانند لباس و تخت و در و مانند این‌ها (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ص ۳۶). مقررات عقد یادشده را این گونه تعریف نموده‌اند: «استصناع قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (سازنده) در مقابل مبلغی معین، متعهد به تولید و تحویل کالا یا اجرای طرح با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر (سفارش‌دهنده) می‌گردد» (بند ب ماده ۱ دستورالعمل)^۱. البته برخی از فقیهان گفته‌اند، اگر در عقد استصناع جنس و کار هر دو از سازنده باشد، از این نظر اگر به اصل عین در قرارداد توجه شود، قرارداد منعقد می‌تواند بیع باشد و اگر به عمل و کار انجام‌شده توجه گردد، قرارداد منعقد می‌تواند اجاره باشد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ص ۳۶). شاید به همین دلیل است که استادان حقوق مدنی ایران تا آنجا که ملاحظه شد تعریفی از عقد استصناع ارائه ننموده و فقط در ملاک تشخیص عقد بیع از اجاره اعلام داشته‌اند که هدف اصلی در بیشتر این پیمان‌ها انتقال نتیجه کار است و به همین دلیل عرف آن را بیع می‌شناسد، زیرا اگر شخصی به کارخانه‌ای سفارش ساخت هواپیما دهد، هیچ‌کس در بیع بودن عقد تردید نمی‌کند و آن بیع عهدی است که مبیع در آینده تهیه می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۱۷ و ۱۸). اما با توجه به شرایط حاکم بر عقد استصناع به نظر

۱. همچنین تعریف‌های دیگری مطرح شده است؛ برای نمونه (سیدعباس موسویان به نقل از مجله فقه اسلامی آن را این‌گونه تعریف کرده است «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» (۱۳۹۰، ص ۳۸۵) و محمدنقی نظرپور در تعریف استصناع گفته است: «استصناع یا قرارداد سفارش ساخت، قراردادی بین دو شخص حقیقی یا حقوقی مبنی بر تولید کالایی خاص یا احداث طرح ویژه است که در آینده ساخته و قیمت آن نیز در زمان یا زمان‌های توافق‌شده به صورت نقد یا اقساط پرداخت می‌شود» (۱۳۸۴، ص ۸۴).

می‌رسد که استصناع عقدی مستقل و دارای احکامی مستقل است. اگرچه ممکن است در بعضی از زمینه‌ها شباهت‌هایی به عقود دیگر داشته باشد، ولی این به آن معنا نیست که عقد استصناع قسمی از آنهاست.

۲.۵. صلح میان ناشر و سرمایه‌گذاران

دومین قرارداد از قراردادهایی که مطابق بند ۱ ماده ۱۲ دستورالعمل اوراق استصناع پس از انتشار صکوک منعقد می‌شود، قراردادی است که میان ناشر و سرمایه‌گذاران منعقد شده، صکوک به سرمایه‌گذاران منتقل می‌شود. تدوین‌کنندگان دستورالعمل برای اینکه با ایراد عین نبودن مبیع در اینجا روبرو نشوند، اعلام کرده‌اند که سرمایه‌گذاران در قبال دریافت صکوک استصناع، منابع خود را به ناشر مصالحه می‌کنند تا به عنوان کارگزار آنان، به مصرف وجوه حاصل از واگذاری صکوک استصناع صرفاً برای ساخت دارایی و اجاره آن به بانی اقدام نماید، و به موجب تبصره آن، مالک صکوک تقاضای تقسیم دارایی را از خود سلب می‌کند. همچنین در جایی دیگر مقرر می‌دارد، ناشر وجوه ناشی از انتشار و عرضه صکوک استصناع را صرفاً در حسابی که قبلاً به بانک مرکزی معرفی کرده است، واریز می‌کند. برداشت از این حساب بسته به مجوز بانک مرکزی است (ماده ۷ دستورالعمل). پرسشی که مطرح می‌شود این است که این چگونه عقدی است که به موجب آن مالی به غیر تملیک می‌شود و منتقل‌الیه نیابت پیدا می‌کند که وجوه را از جانب انتقال‌دهندگان به کار گیرد. از این عجیب‌تر اینکه بند ۳ ماده ۷ قرارداد، واگذاری صکوک به سرمایه‌گذاران را قرارداد وکالت نامیده است، زیرا مقرر می‌دارد «ناشر ضمن انعقاد قرارداد وکالت (واگذاری صکوک به سرمایه‌گذاران)، مکلف به انعقاد قرارداد اجاره به شرط تملیک با بانی خواهد بود...». در اینکه این دستورالعمل از نظر حقوقی بسیار به هم‌ریخته است، جای شکی باقی نمی‌گذارد. اما با توجه به هدف انتشار این صکوک و با کمی دقت و مسامحه می‌توان گفت که چون دارندگان صکوک به عنوان صاحبان مشاعی موضوع عقد استصناع شناسایی می‌شوند، می‌توان این‌گونه استدلال کرد که به قرارداد واگذاری صکوک که مطابق دستورالعمل در قالب عقد صلح است، یک شرط عمده گنجانده می‌شود و آن، یک شرط نتیجه است که به موجب آن ناشر نماینده^۱ دریافت‌کنندگان صکوک می‌گردد تا معادل وجوه دریافتی با صانع (پیمانکار) قرارداد استصناع منعقد کند (بند ۲ ماده ۱۲ دستورالعمل). با این توضیح که قرارداد صلح یک قرارداد معوض است و ناشر متعهد می‌گردد معادل وجوه دریافتی را از طریق عقد استصناع در پروژه موردنظر به نفع دارندگان صکوک

۱. علت اینکه در اینجا از واژه نماینده نه وکیل، استفاده شده، به دو دلیل است؛ نخست اینکه موضوع آن بیش از یک وکالت صرف است؛ دوم، این نیابت می‌تواند نوعی نیابت قانونی باشد و یک نیابت قراردادی صرف نیست.

سرمایه‌گذاری نماید. در نتیجه دارندگان صکوک به نسبت وجوه پرداختی که مبلغ آن در اوراق یادشده منعکس است، در سرمایه‌گذاری موضوع عقد استصناع شریک می‌گردند. همچنین به موجب همان شرط، ناشر نیابت می‌یابد که سهام دارندۀ صکوک از پروژه موضوع عقد استصناع را از طریق قرارداد اجاره به شرط تملیک به بانی انتقال دهد و اجاره‌بها را دریافت و به سرمایه‌گذاران تحویل نماید (تبصره بند ۱ ماده ۱۲ دستورالعمل)؛ برای مثال وزارت نیرو قصد احداث یک سد را دارد، ولی بوجه لازم را برای احداث آن سد در اختیار ندارد. برای انجام خواسته خود، یک مؤسسه اعتباری را با تأیید بانک مرکزی انتخاب می‌نماید. این مؤسسه که عامل نامیده می‌شود، اقدام به تأسیس شخص حقوقی دیگری می‌کند که ناشر نامیده می‌شود و به این ناشر اعلام می‌دارد که وزارت نیرو نیازمند احداث سد با مشخصات خاص است و برای این امر حاضر است سدی را که دیگران می‌سازند، به صورت اجاره به شرط تملیک به دست آورد. ناشر پیش‌قرارداد اولیه استصناع را با صانع تنظیم نموده، شرایط آن را به بانک مرکزی اعلام می‌کند و پس از کسب مجوز، مطابق وجوه پیش‌بینی شده اوراق استصناع را صادر و طبق شرایط موافقت‌شده عرضه نموده، به سرمایه‌گذاران (دارندگان اوراق استصناع) منتقل می‌نماید. تنظیم‌کنندگان دستورالعمل نام این قرارداد و اگذاری را عقد صلح گذاشته‌اند که در ضمن آن نیابت‌های یادشده را به دست می‌آورد. در نتیجه، قرارداد استصناع از سوی ناشر به نیابت از سرمایه‌گذاران با صانع منعقد می‌شود و هر مقدار که پروژه پیشرفت می‌کند، مالکیت صاحبان صکوک به صورت مشاعی بر مال موضوع عقد استصناع مستقر می‌شود. همچنین در قرارداد صلح نیز شرط می‌شود که سرمایه‌گذار حق تقاضای تقسیم این مال مشترک را ندارد (تبصره بند ۱ ماده ۱۲ دستورالعمل).

۵.۳. قرارداد اجاره به شرط تملیک

قرارداد سوم که برای تکمیل صکوک استصناع از نوع دوم برابر بند ۳ ماده ۱۲ دستورالعمل منعقد می‌شود، قرارداد اجاره به شرط تملیک است که ناشر به نیابت از سرمایه‌گذاران، مال موضوع عقد استصناع را به بانی به صورت اجاره به شرط تملیک واگذار می‌نماید. مبلغ اجاره‌بها و سررسید پرداخت اجاره‌بها برابر توافق طرفین و با تأیید بانک مرکزی تعیین می‌شود. در این قرارداد بایستی بخشی از اجاره‌بها به صورت پیش‌پرداخت قبل از تکمیل پروژه و باقی‌مانده پس از آن پرداخت شود. این سررسیدهای پیش‌پرداخت می‌تواند به صورت ماهانه، سه‌ماهه، شش‌ماهه یا حداکثر یک‌ساله باشد (ماده ۱۴ دستورالعمل)، ولی در هر حال با آخرین قسط باید مبلغی معادل اصل سرمایه به ناشر پرداخت گردد (ماده ۱۵ دستورالعمل). اما این مطلب بسیار مبهم است، زیرا مشخص نیست که آیا منظور تنظیم‌کنندگان دستورالعمل این

است که اجاره‌بها قسمتی از ثمن موضوع معامله است؟ یا به همراه اجاره‌بها اقساط ثمن هم پرداخت می‌شود؟ و یا اینکه آخرین اجاره‌بها به همراه همه ثمن پرداخت می‌گردد؟ ولی به نظر می‌رسد که موضوع می‌تواند در قرارداد به صراحت ذکر شود. ولی مطمئناً اجاره‌بها نمی‌تواند قسمتی از ثمن باشد، اما می‌تواند به گونه‌ای محاسبه شود که ثمن مال را هم دربر گیرد و موجر مکلف شود در پایان مدت اجاره عین مستاجر را مجانی به مستاجر تملیک کند (در خصوص صحت این نوع قرارداد اجاره، مسائلی مطرح شده است و آن اینکه آیا مال معدوم (خصوصاً مال قیمی) را می‌شود اجاره داد؟ آیا مال آینده که ساخته خواهد شد، قابلیت آن را دارد که موضوع اجاره قرار گیرد؟ و مطالب قابل بحث دیگری که در اجاره مطرح است، در اینجا نیز قابلیت طرح می‌یابد. همچنین ناشر به عنوان نماینده سرمایه‌گذاران (صاحبان صکوک) مکلف است کالای موضوع عقد استصناع را در پایان مدت به صورت قطعی به بانی تملیک نموده، اوراق استصناع را اخذ و با سرمایه‌گذاران تسویه حساب نماید (بند ۳ ماده ۱۲ دستورالعمل).^۱ گفتنی است، در صورت عرضه بین‌المللی از طرف ناشر، بانک یا مؤسسه مالی صاحب صلاحیت و فعال در بازارهای بین‌المللی انتخاب شده، به تأیید بانک مرکزی می‌رسد و امور مربوط به خارج از کشور را به عنوان کارگزار ناشر انجام می‌دهد (بند ۱ ماده ۱ دستورالعمل). موضوع شایان ذکر این است که اجاره به شرط تملیک یادشده یکی از انواع این نوع قرارداد است که صحت آن با تردید همراه نیست.^۲ با این توضیح که شرط معلق تملیک در این فرض یک شرط فعل است و صحت شرط فعل معلق با تردید همراه نیست (والائی، ۱۳۹۰، ص ۶۸).

۶. ماهیت حقوقی صکوک استصناع

پیش‌تر گفته شد که صکوک استصناع به دو روش به وجود می‌آید؛ نوع اول یا ساده و نوع دوم یا پیچیده. اما یک وجه مشترک دارند و آن اینکه این صکوک اسناد قابل نقل و انتقال هستند. دستورالعمل در تعریف آن‌ها چنین گفته است که «اوراق بهادار بانام یا بی‌نام قابل نقل و انتقالی هستند که دارنده آن اوراق مالک مشاع دارایی پایه قرارداد استصناع می‌باشد» (بند ج ماده ۱ دستورالعمل)، اما بر اساس آنچه در خصوص قرارداد استصناع مستقیم و غیرمستقیم گفته شد

۱. برای شناخت انواع اجاره به شرط تملیک، ر.ک. مقاله اجاره به شرط تملیک، وفادار، علی (۱۳۸۷)، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بهار، ص ۳۵۱ الی ۳۷۲؛ کرمی، محمد مهدی و پورمند محمد (نسی‌زاده)، مبانی فقهی اقتصاد اسلامی، ج ۷ سمت ص ۲۲۸؛ اکبری، پروین (۱۳۸۴)، ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک و مقایسه آن با قراردادهای اعتباری مشابه در مقالات حقوقی مجموعه چهارم کانون وکلای آذربایجان شرقی و اردبیل؛ اسلامی‌پناه، علی و عباسیان، رضا (۱۳۸۸)، ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، پاییز، ص ۲۵ به بعد؛ و نیز به مواد ۵۷ الی ۶۵ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) و آیین‌نامه تسهیلات اعطایی بانکی در خصوص اجاره به شرط تملیک موضوع ماده ۱۲ قانون عملیات بانکی مصوب ۱۳۶۲.

(قرارداد نوع اول)، اوراق استصناع، سند تعهد پرداخت هزینه پروژه بوده که موضوع عقد استصناع در سررسیدهای توافق شده است. به دیگر سخن، از جایگاه بدهکار(مستصنع)، سند دین و از جایگاه طلبکار(صانع)، سند طلب است. بر این اساس، ماهیت صکوک استصناع در دو فرض بررسی می‌شود.

۶.۱. سند طلب و دین (بر اساس نوع اول)

به این مفهوم که مستصنع، بهای مال موضوع عقد استصناع را به صورت اوراق متحدالشکل و با ارزش یکنواخت و با سررسیدهای متفاوت بانام و یا بی‌نام (به صورت مستقیم و یا از طریق ناشر) منتشر و تحویل صانع می‌دهد و متعهد می‌شود در سررسید معین وجه آنها را در قبال اوراق بپردازد. درحقیقت این صکوک مانند سفته‌هایی هستند که یک بدهکار و یا تاجر برای امور تجاری خود صادر نموده، تحویل طلبکار می‌دهد که ممکن است در وجه شخص خاص و یا وجه حامل باشد(اسکینی، ۱۳۸۶، ص ۱۸۲ و ۱۸۳). همچنین چنانچه این صکوک بی نام منتشر شوند(اغلب این چنین است)، می‌توان آنها را جزء اسناد در وجه حامل قانون تجارت دانست، زیرا در تعریف سند در وجه حامل گفته شده است که «نوشته‌ای است که به موجب آن امضاکننده متعهد می‌شود در وعده معین، مبلغ معینی را به دارنده سند (هر که باشد) پرداخت کند» (اسکینی، ۱۳۸۶، ص ۱۹۸). سند در وجه حامل را هم اشخاص خصوصی و هم اشخاص دولتی که می‌خواهند از سرمایه‌گذاری‌های خصوصی اشخاص بهره ببرند، می‌توانند استفاده کنند (همانجا). به عبارت دیگر، دارندگان این گونه اسناد دارنده حق دینی هستند(جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ص ۲۲۱) که مستصنع من علیه الحق آن است. در نتیجه ارزش و اعتبار سند بستگی تام به وضعیت مدیون و تضمین‌هایی دارد که برای ادای این دین سپرده شده است؛ اگرچه همه اموال مدیون وثیقه عام دین او هستند.

۶.۲. سند مالکیت مشاع (بر اساس نوع دوم)

این صکوک حکایت از آن دارد که دارنده آن (سرمایه‌گذار) در ساخت و اجرای طرح پروژه موردنظر بانی مشارکت نموده، دارای سهم مشاعی در آن گردیده است. به سخن دیگر، دارنده این صکوک دارای حق عینی نسبت به مال موضوع عقد استصناع که پایه صدور آن را تشکیل می‌دهد، می‌باشد. در نتیجه، ارزش و اعتبار آن افزون بر تضمین‌هایی که بانی سپرده است، بستگی به ارزش مال موضوع استصناع و میزان پیشرفت طرح دارد. دارنده حق عینی مالکیت که کامل‌ترین حق بر شیء است (کاتوزیان، ۱۳۵۱، ص ۱۰۷)، می‌تواند نسبت به مایملک خود هرگونه تصرفی داشته باشد و حق فروش آن یکی از این حقوق است.

۷. ماهیت حقوقی صدور(انتشار) صکوک استصناع

اگر صکوک استصناع از نوع اول (سند طلب و دین) باشد، در خصوص ماهیت مدنی یا تجاری صدور(انتشار) آن باید گفت مانند سفته و چک، ماهیت یادشده بستگی دارد به اینکه این صکوک برای چه کاری و از سوی چه شخصی صادر شده است. با توجه به ماده ۵ قانون تجارت، صکوک استصناعی که از سوی تاجر صادر می‌گردد، سندی تجاری است؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد. ولی سندی که غیر تاجر آن را صادر می‌کند، سندی مدنی است. همچنین از آنجا که کلیه معاملات شرکت‌های تجاری، تجاری شمرده می‌شوند(بند ۴ ماده ۳ قانون تجارت)، انتشار صکوک استصناعی که از سوی شرکت‌های تجاری اعم از دولتی و خصوصی منتشر می‌شود، عملی تجاری و سند آن نیز سند تجاری به شمار می‌آید. چون این کار از سوی شرکت‌های دولتی انجام می‌شود و مقررات حاکم بر آن‌ها، مقررات شرکت سهامی عام است، می‌توان گفت در بیشتر زمینه‌ها عمل صدور و انتشار صکوک استصناع، عملی تجاری و صکوک استصناع سندی تجاری شمرده می‌شود. اگر صکوک استصناع از نوع دوم (سند مشارکت) باشد، تجاری و یا مدنی بودن آن بستگی تام به تجاری و یا مدنی بودن قرارداد پایه دارد، و چون قرارداد پایه نیز در این هنگام از سوی اشخاص منعقد می‌شود که مطابق مقررات شرکت‌های سهامی اداره می‌گردند، می‌توان معتقد بود که انتشار و صدور این اسناد نیز عملی تجاری است و در نتیجه صکوک استصناع نوع دوم اسناد تجاری شمرده می‌شود.

۸. ماهیت حقوقی عرضه صکوک استصناع

در خصوص ماهیت حقوقی عرضه صکوک استصناع نیز باید قائل به تفصیل شد، زیرا در خصوص نوع اول آن گفته شد که این صکوک از سوی مستصنع (یا نماینده مستصنع «شرکت واسطه») صادر و در اختیار صانع قرار می‌گیرد. به این مفهوم که صکوک استصناع نوع اول، وسیله پرداخت دین موجب (سند طلب) هستند و پرداخت وجه آن‌ها در سررسید از سوی مستصنع تعهد می‌شود. اما در خصوص عرضه صکوک نوع دوم باید گفت عرضه‌کنندگان پیشنهاد شرکت خریداران را در پروژه موضوع استصناع اعلام نموده، خریداران با خرید و دریافت سهام در مال موضوع استصناع به نسبت سهم خریداری شریک می‌شوند. به دیگر سخن، ناشر صکوک استصناع نوع اول، با انتشار صکوک وسیله پرداخت دین خود را تهیه، و با عرضه صکوک وسیله پرداخت دین را تسلیم طلبکار می‌نماید؛ و دریافت‌کننده این نوع صکوک، سند طلب خود(هزینه احداث و اجرای پروژه) را اخذ می‌کند. ولی ناشر در استصناع نوع دوم، سند مشارکت سرمایه‌گذاران را تهیه، و با این سند سهم مشاعی از مال موضوع استصناع را به سرمایه‌گذار واگذار می‌نماید. به سخن دیگر، سرمایه‌گذار با پرداخت وجه

مندرج در صکوک استصناع مالک سهم مشاعی شده، سند مالکیت خود را بر مال موضوع استصناع دریافت می‌کند. باید به این نکته در خصوص عرضه نوع اول توجه شود که عرضه صکوک عام نیست، بلکه فقط به طلبکار داده می‌شود. ولی طلبکار می‌تواند به ناشر نیابت دهد که صکوک را فروخته، وجه نقد را به صانع بپردازد.

۹. قابلیت نقل و انتقال صکوک استصناع و ماهیت حقوقی آن

در خصوص قابلیت و ماهیت نقل و انتقال صکوک استصناع از سوی دارندگان، می‌توان گفت که درست است که قابلیت نقل و انتقال این اوراق مطابق دستورالعمل به صراحت پذیرفته شده است، ولی نخست اینکه ماهیت این نقل و انتقال با توجه به نوع صکوک استصناع می‌تواند متفاوت باشد. دوم، این قابلیت نقل و انتقال که در دستورالعمل و تعریف صکوک استصناع آمده است، می‌تواند به همان نوع صکوک مندرج در دستورالعمل اختصاص داشته باشد و ارتباطی به صکوک نوع اول ندارد. پس برای صکوک نوع اول حکم صریحی وجود ندارد و لازم است در این خصوص به عموماً مراجعه شود.

در زمینه امکان فروش صکوک نوع اول از سوی صانع (دارنده صکوک) دیدگاه‌های مختلفی می‌تواند مطرح باشد. در خصوص اصل انتقال‌پذیری طلب می‌توان گفت چون طلب از حقوق مالی است، اصل در انتقال‌پذیری آن است؛ خواه موضوع آن پول باشد یا مال دیگر، و خواه منبع آن قرارداد باشد یا واقعه حقوقی، و این اصل انتقال‌پذیری طلب در بسیاری از اختلاف‌ها راهگشاست (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۲۵۲ و ۲۵۳)؛ پس این قابلیت می‌تواند با تردید همراه نباشد. اما در خصوص ماهیت این نقل و انتقال می‌توان گفت که چون در قانون مدنی قرارداد ویژه‌ای برای انتقال طلب پیش‌بینی نشده است، بنابراین، ماهیت قرارداد انتقال طلب تابع عقدی است که سبب انتقال می‌شود. لذا اگر انتقال در مقابل پول باشد، قرارداد بیع خواهد بود؛ و اگر انتقال بر مبنای تسالم و تسامح و یا بدون عوض باشد، قرارداد صلح یا هبه خواهد بود؛ و اگر قرارداد انتقال از حیث موضوع و آثار توافق‌شده با هیچ‌یک از عقود معین منطبق نباشد، قرارداد تابع ماده ۱۰ قانون مدنی است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۲۵۱ و ۲۵۲). اما آیا بیع طلب یعنی توافق فروشنده (صانع) و شخص ثالث (خریدار) مبنی بر انتقال طلب داین که بر ذمه مدیون (مستصنع) است، به شخص ثالث (خریدار) در قبال وجه کمتر و یا به همان میزان طلب صحیح است یا خیر؟ و آیا از نظر فقهی مبیع می‌تواند دین باشد یا خیر؟ دیدگاه‌های گوناگونی مطرح شده است که خلاصه آن‌ها چنین است: الف) بیع دین مطلقاً باطل است. ب) بیع دین حال صحیح، ولی موجب باطل است. ج) بیع دین به مدیون صحیح و به غیر او باطل است. د) بیع دین به ثمن حال صحیح و به ثمن نسبه باطل است. ه) بیع دین صحیح است، ولی خریدار

چنین دینی فقط می‌تواند به میزان ثمن پرداختی از مدیون مطالبه کند. (و) بیع دین صحیح است و خریدار مالک تمام دین می‌شود (موسویان، ۱۳۹۰، ص ۲۰۴ و ۲۰۵). در حقوق ایران گفته شده است که در صحت «انتقال طلب به دیگران، با وجود ماده ۳۵۰ قانون مدنی^۱، هیچ اشکالی به ذهن نمی‌رسد» (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۴۲)، ولی عمده بحث بیع دین موجد به حال در تنزیل اسناد تجاری مطرح شده است؛ به دیگر سخن، آیا فروش اسناد تجاری موجد به کمتر از مبلغ آن‌ها صحیح است یا خیر؟ امام خمینی (ره) چنین بیعی را ربوی و حرام می‌داند؛ مگر اینکه به شخص مدیون فروخته شود (به نقل از کیانی، ۱۳۸۴، ص ۴۴۸ و ۴۴۹). ولی تنزیل اسناد تجاری از طرف بانک‌ها در حال حاضر بر مبنای آیین‌نامه موقت تنزیل اسناد و اوراق تجاری و مقررات اجرایی آن امکان‌پذیر است که در جلسه مورخ ۶۱/۸/۲۶ شورای پول و اعتبار به تصویب رسید و در پی آن در شورای نگهبان نیز مطرح گردید و با اکثریت آرا مخالف با شرع و قانون اساسی شناخته نشد (به نقل از موسویان، ۱۳۹۰، ص ۲۰۶). از آنجا که این اسناد دارای قرارداد پایه صحیح و در نتیجه اسناد واقعی هستند، فروش آن‌ها به کمتر از مبلغ اسمی به صورت حال اشکال شرعی و قانونی نخواهد داشت.

با توجه به اینکه صکوک نوع دوم سند مشاع اموال موضوع عقد استصناع است، در قابلیت نقل و انتقال آن‌ها هیچ جای شک و شبهه‌ای وجود ندارد. همچنین می‌توان گفت که ماهیت نقل و انتقال آن‌ها بستگی به نوع عقدی دارد که موجب انتقال مالکیت مال مشاع می‌شود. پس اگر عقد ناقل مالکیت بیع، معاوضه و صلح و یا حتی شرط ضمن عقد و یا وصیت باشد، ماهیت حقوقی انتقال صکوک استصناع نوع دوم همان ماهیت را خواهد داشت.

اما مسائلی درباره صکوک استصناع نوع دوم مطرح است؛ اول، مربوط به هبه صکوک یاد شده است که در خصوص آن دو اشکال مهم مطرح است: نخست اینکه مال موهوب موجود نیست و قرار است که بعداً ساخته شود، پس قبض آن چگونه ممکن است؟ شاید بتوان به این ایراد این‌گونه پاسخ داد که چون در قبض فوریت شرط نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۸)، پس هر زمان که مال ساخته شود، می‌تواند قبض شود. دیگر اینکه، موضوع صکوک استصناع مال مشاع است و قبض بدون اذن شرکا ممکن نیست. می‌توان در پاسخ به این ایراد گفت، قبض مفهومی عرفی است و منظور قبض مادی نیست. همین که مال موهوب در اختیار متهدب قرار گیرد و او بتواند در این مال هر تصرفی بکند، برای صحت قبض کافی است. عرف نیز قبض سند را در حکم قبض مال موضوع آن می‌داند (همانجا).

۱. ماده ۳۵۰: مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به‌طور کلی از شیئی متساوی‌الاجزا و همچنین ممکن است کلی فی‌الذمه باشد.

دوم، بحث وقف مال موضوع صکوک استصناع است که افزون‌بر مطالب مطرح‌شده در خصوص هبه، این ایراد نیز بر آن‌ها وارد می‌شود که چون وقف مال موضوع عقد استصناع آن را از قابلیت نقل و انتقال (که از خصوصیات صکوک است) می‌اندازد، پس وقف آن امکان ندارد. به‌نظر اگرچه وقف مال مشاع صحیح است، ولی این ایراد می‌تواند صحیح باشد. زیرا اگرچه وقف مال مشاع صحیح است، ولی حداقل با توجه به اینکه مال موضوع عقد استصناع به‌صورت اجاره به شرط تملیک به بانی واگذار شده است و متعلق حق غیرواقع قرار گرفته است؛ با توجه به وحدت ملاک ماده ۶۵ قانون مدنی باید آن را غیرنافذ دانست. سوم، ممکن است دو ایراد در خصوص نقل و انتقال صکوک که موضوع عقد استصناع ان اموال غیرمنقول هستند، مطرح گردد:

نخست اینکه، برابر نظر برخی، انتقال املاک ثبت‌شده عقدی تشریفاتی است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۱۷۴) و حتی اگر لزوم ثبت را مستلزم تشریفاتی این نوع از نقل و انتقال ندانیم، حداقل ثبت آن‌ها را برای جنبه اثباتی انتقال لازم می‌دانیم (این نظر می‌تواند صحیح‌تر باشد). پس در هر صورت لازم است نقل و انتقال این نوع از صکوک از طریق دفاتر اسناد رسمی و ثبت در دفتر املاک صورت گیرد و این لزوم با هدف اصلی تسهیل و تسریع نقل و انتقال تعارض دارد. در پاسخ می‌توان استدلال کرد که اولاً، لزوم ثبت نقل و انتقال به دلیل جنبه اثباتی است و ثبت نشدن نقل و انتقال صکوک که موضوع آن مال غیرمنقول است، نقل و انتقال آن‌ها را بی‌اثر نخواهد کرد؛ خصوصاً اینکه در این فرض، موضوع عقد استصناع مال غیرمنقول ذاتی نیست، بلکه مال غیرمنقول تبعی است. دوم، با توجه به اینکه قانون‌گذار به دولت اجازه داده است که نسبت به انتشار صکوک استصناع اقدام لازم را به‌عمل آورد، و این صکوک را مطابق دیگر صکوک قابل نقل و انتقال می‌داند، می‌توان بر این عقیده بود که اگر هم اعتقاد به تشریفاتی بودن بیع املاک هم داشته باشیم، قوانین و مقررات صکوک استصناع آن را تخصیص زده است. دیگر اینکه، خارجیان حق داشتن اموال غیرمنقول را تحت شرایطی دارند و لازم است مقررات مربوط به استملاک بیگانگان رعایت شود.^۱ حال پرسش این است، چنانچه مطابق بند ز دستورالعمل ارزی صکوک استصناع، این صکوک موضوع عرضه بین‌المللی قرار گیرند، لازم است که این مقررات رعایت شوند؟ در پاسخ این پرسش، می‌توان گفت که فروش صکوک استصناع موضوع دستورالعمل به‌گونه‌ای طراحی شده است که اولاً موجب استیلای بیگانگان نخواهد شد، زیرا به موجب مقررات یادشده، ناشر به نیابت قانونی از طرف دارندگان این

۱. برای شناخت شرایط آن به آیین‌نامه اجرایی تصویب‌نامه قانونی مورخ ۱۳/۷/۱۳۴۲ در خصوص استملاک اتباع بیگانه در ایران مراجعه شود.

صکوک مکلف به انعقاد قرارداد اجاره به شرط تملیک با بانی و سرانجام انتقال مالکیت به شخص ایرانی است. دوم، خود قانون‌گذار اجازه انتشار و نقل و انتقال این صکوک به خارجیان را داده است؛ پس عرضه بین‌المللی صکوک استصناع مربوط به اموال غیرمنقول، نیازمند تشریفات استملاک بیگانگان نخواهد بود.

۱۰. نتیجه

- ✓ صکوک استصناع، یکی از انواع اوراق بهادار، بر مبنای عقد استصناع که نوعی عقد صحیح و شرعی است منتشر می‌شود و قابلیت نقل و انتقال دارد.
- ✓ ماهیت حقوقی صکوک استصناع دو نوع است:
- نخست، سند طلب موجد که ممکن است بر اساس قرارداد مستقیم با بانی و یا با واسط منتشر شود، و دیگری، سند مالکیت مشاع در مال موضوع عقد استصناع (مال سفارش شده برای ساخت یا تکمیل و یا اجرای پروژه خاص) که موضوع دستورات عمل اجرایی انتشار صکوک استصناع ریال و ارزی در سیستم بانکی مصوب ۹۱/۳/۲ شورای پول و اعتبار است، و خود شامل سه قرارداد استصناع، صلح و اجاره به شرط تملیک است.
- ✓ صکوک استصناع از نظر شرعی و حقوقی سند قابل معامله است و ماهیت انتشار و عرضه و انتقال این صکوک بستگی به نوع آن و عقد موجب انتقال دارد.
- ✓ این صکوک به دلیل ریسک بسیار کم آن‌ها به خصوص از نوع دوم، می‌تواند مکمل خوبی برای دیگر صکوک به‌ویژه صکوک اجاره باشد؛ با این تفاوت که صکوک اجاره به اعیان موجود و صکوک استصناع به مال سفارش شده تعلق می‌گیرد.
- با توجه به پیچیدگی فرآیند انتشار صکوک نوع دوم (موضوع دستورات عمل) و مغایرت بندهایی از آن با قانون (مانند تبصره ۱ ماده ۶) که مخالف بند ب ماده ۸۳ قانون برنامه است، پیشنهاد می‌شود:
- تبصره ۱ ماده ۶ حذف شود.
- عامل با ناشر شخص واحد باشد و اگر نیاز به عامل باشد، در قالب نمایندگی صورت گیرد.
- دستورات عمل در خصوص قرارداد صلح به لحاظ حقوقی به هم ریخته است. بنابراین پیشنهاد می‌شود که به این شرح اصلاح شود: «ناشر به نمایندگی از طرف بانی صکوک را به سرمایه‌گذار صلح نموده، ضمن عقد با گرفتن نمایندگی از سرمایه‌گذار اقدامات لازم را مطابق دستورات عمل انجام دهد».

منابع و مأخذ

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۶). حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک، تهران: انتشارات سمت.
۲. ابراهیمی، مریم (۱۳۸۹). نقش صکوک در تأمین مالی پروژه‌ها و تأملی بر قوانین و مقررات حاکم بر آن. مجله پژوهشهای حقوقی، شماره ۱۷، بهار و تابستان، ص ۳۶۷ الی ۴۰۷.
۳. اسلامی‌پناه، علی و عباسیان، رضا (۱۳۸۸). ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک. فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۳، پاییز، ص ۲۳ الی ۴۳.
۴. اکبریه، پروین (۱۳۸۴). ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک و مقایسه آن با قراردادهای اعتباری مشابه. مقالات حقوقی مجموعه چهارم کانون وکلای آذربایجان شرقی و اردبیل، ص ۱ الی ۲۰، انتشارات فروزش.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۳). ترمینولوژی حقوق. انتشارات راستاد.
۶. حسینی خطیب، سید عبدالزهر (۱۴۳۲ق). شرح شرایع الاسلام ج ۳. چاپ ۱، ذوالقربی.
۷. خمینی، روح‌اله (۱۳۷۸). تحریر الوسیله، ج ۱، چاپ ۸، دارالعلم.
۸. سیفی زیناب، غلامعلی و حسن‌زاده، منصوره (۱۳۸۸). استصناع در فقه و حقوق ایران. مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی شماره ۵۰ پاییز و زمستان، ص ۱۶۱ الی ۲۱۷.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۵۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی ج اول. چاپ اول، دانشگاه تهران.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). نظریه عمومی تعهدات. چاپ ۴، میزان.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۱). حقوق مدنی / عقود معین ۱ معاملات معوض - عقود تملیکی. چاپ هشتم، شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). حقوق مدنی / عقود معین ۳. چاپ ۵، گنج دانش.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). قواعد عمومی قراردادها ج ۱. چاپ ۷، شرکت سهامی انتشار.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها ج ۳. چاپ ۵، شرکت سهامی انتشار.
۱۵. کمیجانی، اکبر و نظریور، محمدنقی (۱۳۸۷). چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا. فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال ۸ شماره ۳۰، تابستان، ص ۶۹ الی ۹۸.
۱۶. کرمی، محمد مهدی و پورمند، محمد (نبی‌زاده) (۱۳۸۵). مبانی فقهی اقتصاد اسلامی. چاپ ۷، سمت.
۱۷. کیانی، عبدالله (۱۳۸۴). قانون مدنی و فتاوی امام خمینی ره ج ۱. چاپ اول، سمت.
۱۸. موسویان، سیدعباس (۱۳۹۰). ابزارهای مالی اسلامی (صکوک). چاپ ۴، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۹. منتظری، حسینعلی (۱۳۸۸). رساله استفتانات ج ۳. چاپ اول، ارغوان دانش.
۲۰. نجفی، محمدحسن (۱۳۸۵). جواهرالاکلام، ج ۲۴. چاپ ۱۱، دارالکتب اسلامی.
۲۱. نظریور، محمدنقی (۱۳۸۴). اوراق بهادار استصناع (سفارش ساخت) ابزاری برای سیاست پولی. فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، شماره ۲۰، زمستان، ص ۸۱ الی ۱۱۰.
۲۲. نظریور، محمدنقی (۱۳۸۵). عملیات بازار باز از طریق اوراق استصناع «مشکلات و راه‌حل‌ها». فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، شماره ۲۲، تابستان، ص ۴۷ الی ۷۴.
۲۳. والانی، محمد (۱۳۹۰). شرط معلق. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۲۴. وفادار، علی (۱۳۸۷). اجاره به شرط تملیک. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۱، بهار، ص ۳۵۱ الی ۳۷۲.
۲۵. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۴ق). المعجم الفقهی لکته شیخ طوسی ره ج ۱. چاپ اول، مؤسسه دائرةالمعارف الفقه‌الاسلامی.
۲۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۹ق). اجاره جلد ۱. چاپ اول، مؤسسه دائرةالمعارف الفقه‌الاسلامی.
۲۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۸). استصناع. مجله فقه اهل بیت، ش ۱۹ و ۲۰، ص ۳ الی ۲۴.
۲۸. سایت سازمان بورس و اوراق بهادار (www.seo.ir).