

Jurisprudence and Private Law Quarterly, Year 1, No:1, Spring 2024

A Jurisprudential Study of Guaranteeing Principal Capital in Commissioned Manufacture Bonds

Hamideh Goushi Dehaqi ¹

Masoumeh Mazaheri ²

Abstract: In Islamic Sharia law, with respect to the rule of the association of profit and loss, basically the principal capital return is not guaranteed. Therefore, gaining real profit is always associated with the possibility of loss and damage. Whereas in Islamic financial mechanisms such as commissioned manufacture bonds, the payment of the nominal value included in the bonds is guaranteed by the publisher in due date. Therefore, the owners of the bonds who are the investors of transactions will not sustain a loss or receive a reward for the reduction or increase in the value of the project upon receiving the nominal value of the bonds (principal capital). However, an analysis of the procedure for publication of the bonds, makes it clear that in commissioned manufacture bonds based on interest, the receipt of nominal value of the bonds will be realized according to the entitlement of the owners in due date proportionate to the total value of the amount due. Also guaranteeing the principal capital by the publisher of the commissioned manufacture bonds is according to the liability of the seller to pay for the object of sale. Moreover, the owners of the bonds as the buyers only own the amount due in duty of the debtor and they shall have no right in project thus commissioned. In this sense, any increase or reduction in the value of the project will have no effect in the amount of their claim.

Whereas the owners of commissioned manufacture bonds along with rent with an ownership option are the joint owners of the project, thus in case of increase in project value in connection with the nominal value of the bonds, they are entitled to claim the value added. This is because according to the rule of logics the owner of actual property deserves to take a share of the increase in value of actual property value as he is to sustain the damages incurred on the actual property. Similarly, the reduction in project value in proportion to the nominal value of the commissioned manufacture bonds along with the rent with an ownership option, must be attributable to the joint owners, i.e. investors.

Keywords: Commissioned manufacture contract, guaranteeing principal capital, commissioned manufacture on interest, commissioned manufacture bonds along with the rent with an ownership option.

¹. Ph.D. Student in Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) (Gh.tasnim@gmail.com)

². Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran. (mmzi5678@yahoo.com)

فصلنامه فقه و حقوق خصوصی
سال دوم، شماره ۵، بهار ۱۴۰۴
(صص ۱۲۱-۱۰۱)

بررسی فقهی تضمین اصل سرمایه در اوراق استصناع

حمیده گوشه دهقی^۱

معصومه مظاهری^۲

چکیده: در شریعت اسلام با توجه به قاعده ملازمه بین سود و زیان، اصل این است که در عملیات تجاری بازگشت اصل سرمایه تضمین نمی‌شود و به دست آوردن سود حقیقی همیشه با احتمال ضرر و خسارت همراه است. حال آنکه در ابزارهای مالی اسلامی از جمله اوراق استصناع، پرداخت مبلغ اسمی مندرج در اوراق در سررسید توسط ناشر اوراق تضمین می‌شود. به این ترتیب، دارندگان اوراق که سرمایه‌گذاران عملیات تجاری می‌باشند، همان‌طور که در فرض کاهش ارزش پروژه با دریافت مبلغ اسمی اوراق (اصل سرمایه)، ضرری را متحمل نخواهند شد در فرض افزایش ارزش پروژه نیز با دریافت مبلغ اسمی اوراق، نسبت به ارزش افزوده پروژه هیچ استحقاقی نخواهند داشت.

اما با تحلیل فرآیند انتشار این اوراق مشخص خواهد شد که در اوراق استصناع مبتنی بر تنزیل، دریافت مبلغ اسمی اوراق بر اساس استحقاق خریدار دین در سررسید نسبت به دریافت کل مبلغ دین می‌باشد. هم‌چنین تضمین اصل سرمایه توسط ناشر اوراق استصناع تنزیلی مطابق با مسئولیت باع نسبت به تأدیه می‌باشد. به علاوه دارندگان اوراق به عنوان خریدار دین تنها مالک دین در ذمه مدیون شده و نسبت به سبب ایجاد دین یعنی پروژه سفارش داده شده هیچ‌گونه مالکیتی نخواهند داشت؛ به این ترتیب افزایش یا کاهش ارزش پروژه در میزان مطالبه آنها از ناشر تأثیری نخواهد داشت.

در حالی که دارندگان اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک مالکان مشاع پروژه می‌باشند، در صورت افزایش قیمت پروژه نسبت به مبلغ اسمی اوراق، حق مطالبه این ارزش افزوده را خواهند داشت؛ و طبق قاعده ملازمه بین نماء و درک، مالک عین همان‌طور که متحمل خسارات وارد بر عین می‌شود، مستحق برخورداری از افزایش ارزش عین نیز خواهد بود. هم‌چنین کاهش ارزش پروژه نسبت به قیمت اسمی اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک، باید به مالکان مشاع آن یعنی سرمایه‌گذاران وارد شود.

کلیدواژه‌ها: عقد استصناع، تضمین اصل سرمایه، اوراق استصناع تنزیلی، اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک.

۱. دانشجو دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

(Gh.tasnim@gmail.com)

۲. استادیار گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. (mmzi5678@yahoo.com)

مقدمه

از نظر شریعت اسلام با توجه به قاعده ملازمه بین نما و درک (ملازمه بین سود و زیان) اصل این است که در عملیات تجاری بازگشت اصل سرمایه تضمین نمی‌شود و به دست آوردن سود حقیقی همیشه با احتمال ضرر و خسارت همراه است؛ حال آنکه در فرایند خرید و فروش اوراق استصناع مبلغ اسمی مندرج در این اوراق در سررسید در هر صورت به سرمایه‌گذاران پرداخت می‌گردد. از این رو بررسی این مورد در اوراق استصناع ضروری است که چگونه می‌توان بازپرداخت اصل سرمایه‌ای که خریدار برای خرید این اوراق پرداخت کرده را تضمین نمود در حالی که ممکن است پروژه‌های مبتنی بر این اوراق با ضرر همراه باشد و در نتیجه دارنده‌ی اوراق بدون اینکه ضرر حاصل از این عملیات تجاری را متحمل گردد، در سررسید اوراق مبلغ اسمی مندرج در اوراق را به صورت کامل دریافت نماید.

لذا در این مقاله ابتدا قاعده‌ی ملازمه بین نما و درک را بر تضمین اصل سرمایه در اوراق استصناع مطابقت داده و سپس با توجه به نوع همکاری افراد در فعالیت‌های تجاری که تحت عنوان مشارکت، مضاربه و یا وکالت است، (پس از مشخص نمودن جایگاه هر یک از انواع این اوراق ذیل یکی از این عناوین سه گانه و اجرای قاعده‌ی ملازمه) حکم سود و زیان مترتب بر آن و در نتیجه تضمین پرداخت مبلغ اسمی اوراق بررسی می‌گردد.

۱- تعاریف

اوراق استصناع، مجموعه‌ای از ابزارهای مالی هستند، که برای تأمین مالی در پروژه‌های مختلف بر پایه عقد استصناع منتشر می‌شود.

۱-۱- عقد استصناع

استصناع واژه‌ای عربی است که در لغت از ماده «صَنَعَ» به معنای «ساخت، تولید، عمل و کار» (احمد بن فارس بن زکریا، ۱۴۰۴، ج ۱۱: ۲۸۴) مشتق شده است. استصناع از باب استفعال، مصدر فعل ثلاثی مزید «اسْتَصْنَعَ» به معنای «درخواست ساخت کالا از کسی، یا کسی را به ساختن چیزی گماردن» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۸: ۲۰۹) می‌باشد. این صیغه در اکثر موارد در معنای طلب انجام کاری از دیگری استعمال می‌شود، بدین ترتیب استصناع نیز به معنای طلب ساختن شیئی از دیگری است.

در کتب حقوقی معادل‌هایی مانند «بیع آیندگان یا بیع آیندان» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۶۹) برای این واژه در نظر گرفته شده است؛ اما با توجه به معنای لغوی استصناع در زبان عربی، بهترین معادلی که در زبان فارسی برای این واژه می‌توان برگزید «سفارش ساخت» است.

فقه‌های متقدم شیعه، تنها در موارد محدودی از این قرارداد سخن به میان آورده‌اند و در همان موارد اندک نیز تعریف خاصی از استصناع ارائه ننموده‌اند؛ بلکه صرفاً به بیان برخی احکام و اوصاف آن به صورت بسیار مختصر پرداخته‌اند. برخلاف متقدمین، فقه‌های معاصر شیعه ضمن بررسی احکام، اوصاف و شرایط استصناع، تعاریف دقیقی از این واژه به عنوان یک عقد ارائه کرده‌اند. برای مثال، برخی فقه‌های معاصر شیعه در تعریف عقد استصناع می‌گویند:

مراد از عقد استصناع این است که کسی به نزد صنعت‌گر بیايد و از او بخواهد که تعدادی از کالاهایی را که می‌سازد به ملکیت او درآورد. در این حال قراردادی میان این دو به امضا می‌رسد که صاحب صنعت تعداد مورد توافق کالا را برای او بسازد و قیمت آن را دریافت کند - در این قرارداد ساخت و ساز و مواد مورد استفاده، هر دو به عهده سازنده می‌باشد (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۱۹۹).

قرارداد استصناع در حقوق ایران تاکنون به عنوان یک تأسیس حقوقی، به صورت خاص شناخته نشده بود؛ اما اخیراً شورای پول و اعتبار در راستای تصویب «دستورالعمل اجرایی انتشار صکوک استصناع در سیستم بانکی» در ماده ۱ به تعریف قرارداد استصناع پرداخته است:

استصناع قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (سازنده) در مقابل مبلغی معین، متعهد به تولید، تبدیل و تحویل کالا یا اجرای طرح با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر (سفارش دهنده) می‌گردد.

به‌طور خلاصه می‌توان گفت استصناع یک قرارداد معاوضی است که بین دو شخص حقیقی یا حقوقی برای ساخت کالایی که در زمان عقد معدوم است، منعقد می‌گردد. در این قرارداد ویژگی‌های شیء سفارش داده شده و عوض آن، کاملاً معلوم است.

بدین ترتیب برای کسب مجوز شرعی جهت انتشار اوراق استصناع، در مرحله نخست باید یک قرارداد مشروع و صحیح استصناع، بین سفارش‌دهنده و سازنده منعقد گردد. در این قرارداد سازنده موظف به تهیه مواد اولیه و ساخت کالا در مدت زمان مشخصی می‌باشد و سفارش دهنده، پرداخت هزینه تهیه مواد اولیه و ساخت کالا را به صورت اقساط یا نقد - هنگام انعقاد قرارداد یا

هنگام تحویل کالا - به عهده دارد.^۱

۲-۱- اوراق استصناع

با توجه به نوظهور بودن اوراق استصناع در نظام اقتصادی ایران، تنها در یک مورد شورای پول و اعتبار در دستورالعمل اجرایی انتشار صکوک استصناع در سیستم بانکی، به تعریف اوراق استصناع پرداخته است. در ماده ۱ این دستورالعمل آمده است: «اوراق بهادار بانام یا بی نام قابل نقل و انتقالی است که دارنده آن مالک مشاع دارایی پایه قرارداد استصناع می باشد.»

کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار، در یکی از مصوبات خود، پس از ارائه کلیاتی راجع به اوراق بهادار اسلامی، به ذکر انواع مختلف این دسته از ابزارهای مالی اسلامی می پردازد. در این مصوبه نیز تعریف خاصی از اوراق استصناع ارائه نشده؛ بلکه برای معرفی آن، نحوه شکل گیری این اوراق بیان گردیده است:

وزارت خانه ها، شهرداری ها، شرکت های دولتی و خصوصی که در صدد احداث یا توسعه پروژه خاصی چون احداث مسکن به صورت انبوه هستند و اعتبار مالی لازم برای انجام آن را به صورت نقد ندارند، می توانند با استفاده از اوراق بهادار استصناع به احداث پروژه اقدام کنند و قیمت آن را طبق زمان بندی معینی از بودجه سالانه یا از طریق واگذاری واحدهای ساخته شده به تدریج بپردازند (مصوبات کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار WWW.RDIS/RECORDSKE.ASP).

مشخصاتی که در این مصوبه برای اوراق استصناع بیان شده عبارتند از:

اول: این اوراق برای تأمین مالی پروژه های تولیدی گوناگون مانند ساخت مسکن به کار می رود؛

دوم: این اوراق بر پایه یک عقد استصناع منتشر می شود؛

سوم: این اوراق را سفارش دهنده به عنوان عوضی که در عقد استصناع باید بپردازد، به سازنده تحویل می دهد؛

^۱ با توجه به اینکه هدف اصلی در مقاله حاضر اثبات صحت شرعی عقد استصناع نمی باشد، از ذکر ادله در این باره صرف نظر نموده و صحت شرعی این عقد را مفروض دانسته و صرفاً موضوع چالش انگیز تضمین اصل سرمایه در اوراق استصناع بررسی می شود.

چهارم: این اوراق نشان‌دهنده میزان بدهی سفارش‌دهنده به سازنده است.

این تعاریف برخی از ویژگی‌های اوراق استصناع و همچنین برخی از انواع اوراق استصناع را شامل نمی‌شود؛ زیرا برخی از این اوراق، نشان‌دهنده میزان بدهی سفارش‌دهنده به سازنده می‌باشد، در صورتی که تنها یکی از انواع این اوراق، بیانگر مالکیت مشاع دارنده در طرح سفارش داده شده است. لذا با افزودن این قیود تعریف کامل‌تری از اوراق استصناع به دست می‌آید:

اوراق بهادار بانام یا بی‌نام قابل نقل و انتقالی که بر مبنای عقد استصناع منتشر می‌شوند و مبلغ اسمی مندرج در آن از میزان بدهی سفارش‌دهنده یا مالکیت مشاع دارنده در پروژه‌ای خاص، حکایت می‌کند. دارنده اوراق در سررسید با ارائه آنها و دریافت مبلغ اسمی به سود معینی دست خواهد یافت.

مبلغ اسمی مندرج در این اوراق، از میزان بدهی سفارش‌دهنده یا مالکیت مشاع دارنده در پروژه‌ای خاص، حکایت می‌کند. دارنده اوراق استصناع در سررسید با ارائه آنها به ناشر و دریافت مبلغ اسمی مندرج در آن به سود معینی دست خواهد یافت.

دو نوع متداول این اوراق عبارتند از: اوراق استصناع تنزیلی و اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک.

۱-۲-۱- اوراق استصناع تنزیلی

در اوراق استصناع تنزیلی شرکت واسط، برای احداث یا تکمیل پروژه‌ای که بانی از وی درخواست نموده، با واسطه‌ای مانند بانک وارد معامله شده و طبق قرارداد استصناع، ساخت آن را به بانک سفارش می‌دهد (موسویان، ۱۳۸۶: ۳۰؛ موسویان، ۱۳۸۹: ۱۵۱).^۱ در این حالت بانک (یا هر واسطه دیگری) می‌تواند با منابع مالی که در اختیار دارد به تأمین

^۱ برای مثال وزارت‌خانه‌ای ساخت و تحویل یک فرودگاه بین‌المللی را به یک شرکت واسط سفارش می‌دهد. شرکت واسط پس از دریافت سفارش با بانک وارد معامله می‌شود و ساخت فرودگاه را با انعقاد یک قرارداد استصناع به عهده بانک قرار می‌دهد. بانک متعهد می‌شود در قبال مبلغ مشخصی که در طول زمان‌بندی معین (برای مثال ده سال) دریافت می‌کند، طرح را در مدت سه سال بسازد و تحویل دهد. سپس بانک، برای ساخت کالا با سازنده یا سازنده‌های دیگر (پیمانکار)، قرارداد استصناع دوم را منعقد می‌کند. این قرارداد می‌تواند در زمان‌بندی متفاوت از استصناع اول باشد.

مالی پروژه بپردازد و در سررسید کل مبلغ اسمی را از انتشاردهنده آن (مقتضای طرح) دریافت کند یا اینکه با فروش اوراق، در بازار اولیه به وجه نقد دست یابد و با این مبلغ دریافتی، هزینه طرح را به پیمان کاران بپردازد (نظر پور، ۱۳۸۵: ۵۳). واضح است که در این صورت متناسب با مدت باقی مانده تا سررسید، قیمت فروش اوراق از مبلغ اسمی مندرج در آن کم تر خواهد بود. خریداران بازار اولیه نیز می توانند این اوراق را تا زمان سررسید نگه دارند و یا در بازار ثانویه به فروش رسانند.

در سررسید دارنده اوراق، اعم از سرمایه گذار اولیه یا خریدار اوراق در بازار ثانویه، با ارائه آن به ناشر اوراق، مبلغ اسمی مندرج در اوراق استصناع را دریافت می کند.

۲-۱-۲- اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک

در اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک، بانی (سفارش دهنده ای مانند وزارتخانه، شهرداری و...) با مراجعه به شرکت واسط، متعهد می گردد در صورتی که واسط کالا یا پروژه خاصی را تولید یا احداث کند، آن را از واسط به شکل اجاره به شرط تملیک دریافت نماید. واسط نیز طبق قرارداد استصناع، ساخت کالا یا پروژه مورد نظر را به پیمان کار سفارش می دهد و در مقابل متعهد می گردد، قیمت کالا یا پروژه را طبق زمان بندی مشخص بپردازد. واسط پس از کسب مجوزهای لازم، اوراق استصناعی را منتشر می کند و از طریق بانک سرمایه گذاری در بازار اولیه به مردم واگذار می نماید، مردم با خرید این اوراق، مالک کالای ساخته شده خواهند شد.

واسط وجوهی را که از مردم جمع آوری نموده است، به وکالت از آنان به عنوان قیمت پروژه به پیمان کار می پردازد.

واسط پس از اینکه کالا را از پیمان کار تحویل گرفت به وکالت از طرف دارندگان اوراق، آن را به بانی اجاره خواهد داد. بانی از طریق واگذاری دارایی ساخته شده و یا از محل بودجه خود، اصل سرمایه و سود صاحبان اوراق را در قالب اجاره بها و استرداد مبلغ اسمی در سررسید به آنان می پردازد.^۱

^۱ برای مثال شهرداری در راستای نوسازی بافت های فرسوده شهر، متعهد می شود؛ چنانچه شرکت واسط ۱۰۰۰ واحد مسکونی در مناطق قدیمی شهر بسازد؛ آنها را در مقابل هزار میلیارد ریال به صورت اجاره به شرط تملیک از وی اجاره خواهد کرد.

در سررسید دارنده اوراق، اعم از سرمایه گذار اولیه یا خریدار اوراق در بازار ثانویه، با ارائه آن به ناشر اوراق، مبلغ اسمی مندرج در اوراق استصناع را دریافت می کند.

در هر یک از انواع اوراق استصناع، واسط هنگام واگذاری اوراق در بازار اولیه به سرمایه گذاران، پرداخت مبلغ اسمی اوراق در سررسید را تعهد می کند. به این ترتیب، دارندگان اوراق در سررسید، تنها استحقاق دریافت مبلغ اسمی اوراق و به عبارتی همان اصل سرمایه را دارند. این در حالی است که در فاصله زمانی بین خرید اوراق و سررسید، امکان افزایش ارزش پروژه یا ایراد خسارت به آن که باعث کاهش ارزش دارایی مبنای انتشار اوراق می شود، وجود دارد. با وجود تعهد واسط نسبت به پرداخت مبلغ اسمی اوراق در سررسید، سرمایه گذاران همان طور که زیان وارد بر طرح را متحمل نمی شوند، از ارزش افزوده دارایی پایه، نیز بی بهره خواهند بود.

تضمین پرداخت قیمت اسمی ابزارهای مالی اسلامی، از جمله اوراق استصناع در سررسید، برگرفته از تضمین مبلغ اسمی اوراق قرضه می باشد؛ زیرا ناشر اوراق قرضه، بازپرداخت اصل و سود اوراق را در سررسید برای دارندگان آن تضمین می کند و این امر اثر انگیزشی بالایی برای خریداران اوراق قرضه دارد. ناشرین اوراق بهادار اسلامی (صکوک) نیز برای جذب سرمایه گذاران به بازارهای مالی اسلامی، سعی در ارائه چنین تضمینی به سرمایه گذاران دارند (تسخیری، ۱۳۸۶: ۱۵).

بدین ترتیب لازم است ابتدا تضمین اصل سرمایه از دیدگاه شریعت بررسی گردد و سپس حکم تعهد به استرداد مبلغ اسمی اوراق استصناع (تضمین اصل سرمایه) در انواع مختلف آن بیان شود.

واسط بر اساس قرارداد استصناع، ساخت پروژه را به پیمانکار خاصی واگذار می کند. پیمانکار متعهد می گردد پروژه را طبق زمان بندی مشخص (مثلاً سه ساله) در مقابل پانصد میلیارد ریال تحویل دهد. سپس واسط اوراق استصناعی منتشر می کند و از طریق بانک سرمایه گذاری یا شرکت تأمین سرمایه این اوراق را به عموم عرضه می نماید. آنگاه از محل وجوه به دست آمده، به وکالت از طرف صاحبان اوراق، قیمت قرارداد استصناع را به پیمانکار می پردازد. شهرداری نیز با واگذاری (اجاره به شرط تملیک) تدریجی واحدهای مسکونی به متقاضیان، اوراق استصناع را تسویه می کند.

۲- تضمین اصل سرمایه از دیدگاه اسلام

از نظر شریعت اسلام، اصل این است که در عملیات تجاری بازگشت اصل سرمایه تضمین نمی‌شود و به دست آوردن سود حقیقی همیشه با احتمال ضرر و خسارت همراه است. این مطلب ذیل عنوان «قاعده ملازمه بین سود و زیان» مطرح شده است که در ادامه به برخی مستندات آن اشاره می‌شود.

۲-۱- قاعده ملازمه بین نماء و درک (سود و زیان)

خسارات وارد بر اموال متوجه کسی می‌شود که سود حاصل از آن اموال به نفع وی می‌باشد. فقها این مطلب را تحت یک قاعده کلی به صورت «مَنْ لَهُ الْعُثْمُ فَعَلَيْهِ الْغُرْمُ» بیان نموده‌اند. این قاعده بیان می‌کند هر کس از چیزی سود (عُثْم) ببرد، خودش باید متحمل زیان‌های (غُرْم) حاصل از آن نیز بشود. این قاعده به «تلازم میان نماء و درک» نیز مشهور است^۱ (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵: ۲۳۸؛ رشتی گیلانی نجفی، ۱۴۰۷: ۵۸۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۴: ۶۱۶).

بسیاری از فقها تصریح کرده‌اند این قاعده، قاعده‌ای عقلی است (شهید صدر، ۱۴۰۱، ج ۸: ۳۰۱؛ حسینی شیرازی، بی‌تا، ج ۱۲: ۱۹۴) زیرا از دیدگاه عقلاً صحیح نیست فردی از منافع اموال برخوردار گردد، در حالی که دیگری متحمل زیان‌های وارد بر آن شود. بدین ترتیب می‌توان گفت روایات وارد شده در این باب، مؤید این قاعده عقلی می‌باشند:

روایت اول: فردی خانه‌ای را از دیگری خرید به طوری که سه سال آن خانه نزد بایع باشد تا در طی این مدت مشتری مبلغ توافق شده را بیاورد. از امام صادق علیه‌السلام پرسیدند: اگر در این مدت سودی از آن خانه به دست آید برای کیست؟ امام فرمودند: برای مشتری است. سائل دلیل آن را پرسید. امام فرمودند: اگر خانه آتش بگیرد، مال چه کسی تلف شده است؟ سائل جواب داد: مال مشتری^۲ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸: ۲۰).

^۱ قاعده «الملازمه بین النماء و الدرك»

^۲ «سَمِعْتُ أَبَا الْجَارُودِ يَسْأَلُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ بَاعَ دَارًا لَهُ مِنْ رَجُلٍ وَكَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّجُلِ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ الدَّارَ حَاصِرٌ فَشَرَطَ إِنَّكَ إِنْ أَتَيْتَنِي بِمَالِي مَا بَيْنَ ثَلَاثِ سِنِينَ فَالِدَّارُ دَارُكَ فَاتَاهُ بِمَالِهِ قَالَ لَهُ شَرَطُهُ قَالَ لَهُ أَبُو الْجَارُودِ فَإِنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ قَدْ أَصَابَ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ قَالَ هُوَ مَالُهُ وَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع) أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ الدَّارَ احْتَرَقَتْ مِنْ مَالٍ مَنْ كَانَتْ تَكُونُ الدَّارُ دَارَ الْمُشْتَرَى.»

در این حدیث به صراحت ملازمه بین زیان و سود حاصل از اموال بیان شده است. همان‌طور که ضرر حاصل از تلف خانه به عهده مشتری (مالک خانه) می‌باشد، سودی هم که از این خانه به دست آید، به نفع مشتری خواهد بود.

روایت دوم: فردی غلام و خانه‌ای را به رهن نزد دیگری گذاشت. آسیبی به مورد رهن وارد شد. فردی از امام پرسید: ضرر به چه کسی وارد می‌شود؟ امام پاسخ دادند: به مولا. وقتی سائل از دلیل آن پرسید، امام فرمودند: اگر قیمت عبد از صد دینار به دویست دینار افزایش یابد، مالک این افزایش کیست؟ سائل جواب داد: برای مولا. امام فرمودند همان‌طور که افزایش قیمت (سود) برای اوست، زیان هم برای او خواهد بود^۱ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۲۳۴).

امام پس از اینکه زیان وارد شده به عبد و ارزش افزوده آن را متعلق به مولی بیان می‌کند در انتهای روایت با ذکر عبارت «یکون علیه، ما یکون له» قاعده کلی تلازم بین نماء و درک را ارائه می‌نماید.

روایت سوم: الخراج بالضمان است. در این حدیث مراد از خراج، فواید مال می‌باشد و مراد از ضمان، غرامت حاصل از زیان مترتب بر اموال است. شیخ انصاری در بیان معنای این حدیث می‌فرماید: غنیمت و فایده (سود) در إزای متحمل شدن غرامت (خسارت) می‌باشد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۰۲). از آنجا که این قاعده، عقلی و مورد اتفاق فقها می‌باشد از بررسی بیش‌تر مدارک این قاعده صرف نظر می‌شود.

۲-۲- تطبیق قاعده ملازمه بین نماء و درک بر تضمین اصل سرمایه

همان‌طور که زیان‌های وارد بر اموال، بر عهده کسی است که از آن اموال سود می‌برد؛ شریعت اسلام در فعالیت‌های اقتصادی نیز، تحمل سود و زیان را توأم با یکدیگر در نظر گرفته است. در سرمایه‌گذاری‌های مورد تأیید فقه اسلامی، صاحب سرمایه علاوه بر استحقاق دریافت سود حاصل از سرمایه‌گذاری، باید متحمل زیان‌های احتمالی وارد بر آن نیز بشود؛ اما از آنجا که فعالیت‌های تجاری عمدتاً با مشارکت افراد انجام می‌گیرد، شریعت اسلام با در نظر گرفتن هر یک از حالات شراکت، احکام خاصی را برای اصل سرمایه و سود و زیان مترتب بر آن بیان نموده

^۱ «قُلْتُ لِأَبِي إِبرَاهِيمَ (ع) الرَّجُلُ يَرْهَنُ الْغُلَامَ وَ الدَّارَ، فَصَبَّيْهُ أَلَا فُهُ عَلَى مَنْ يَكُونُ؟ قَالَ عَلَى مَوْلَاهُ. ... ثُمَّ قَالَ أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ ثَمَنُهُ مِائَةَ دِينَارٍ فَرَادَ وَ بَلَغَ مِائَتِي دِينَارٍ لِمَنْ كَانَ يَكُونُ؟ قُلْتُ لِمَوْلَاهُ قَالَ كَذَلِكَ يَكُونُ عَلَيْهِ مَا يَكُونُ لَهُ».

است. این سرمایه‌گذاری‌ها در سه قالب مشارکت، مضاربه و وکالت خواهد بود که در ادامه به بررسی هریک از این سه حالت پرداخته می‌شود:

حالت اول: مشارکت

افراد صاحب سرمایه، گاه با مشارکت سرمایه‌ها به صورت جمعی اقدام به یک فعالیت تجاری می‌نمایند که در این صورت عقد شرکت منعقد می‌گردد. در این فرض از آنجا که هر یک از شرکا مقداری سرمایه آورده‌اند، سود حاصل از این فعالیت به نسبت سرمایه، تا وقتی که خلاف آن را توافق نکرده باشند، بین آنها تقسیم خواهد شد؛ اما زیان وارد بر کل سرمایه را هر یک از شرکا باید به نسبت آورده خود متحمل گردد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۵: ۱۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۰۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۳۱۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۲۸۰). به این ترتیب تضمین اصل سرمایه توسط یکی از شرکا به نفع شریک دیگر جایز نیست، زیرا بهره‌مندی صاحب سرمایه از سود حاصله بدون تحمل زیان وارد بر آن موافق با قاعده تلازم بین سود و زیان نیست. به علاوه، این تضمین باعث می‌شود شرکت شرکا در حالت ورود خسارت منقطع شود.

حالت دوم: مضاربه

گاه صاحب سرمایه، سرمایه خود را برای انجام فعالیت تجاری خاصی در اختیار دیگری قرار می‌دهد، به طوری که در سود حاصل از فعالیت، هر دو شریک باشند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱: ۶۰۸). در این صورت عقد مضاربه بین صاحب سرمایه و عامل، شکل می‌گیرد. در این فرض از آنجا که سرمایه ملک صاحب سرمایه است، سود در ملک وی حاصل شده و در نتیجه متعلق به اوست؛ اما مقداری از آن را در مقابل فعالیت که عامل انجام داده، به نسبتی که مورد تراضی طرفین می‌باشد، به عامل می‌پردازد. بدین ترتیب به دلیل قاعده تلازم بین سود و زیان، خسارات وارده نیز تنها بر عهده صاحب مال می‌باشد. در نتیجه، تضمین اصل سرمایه توسط عامل و به نفع صاحب سرمایه خلاف قاعده تلازم و مقتضای عقد مضاربه بوده و صحیح نمی‌باشد^۱ (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۸: ۱۷۰).

^۱ زیان وارد بر عامل در فرض ایراد خسارت، بی‌ثمر بودن فعالیت وی می‌باشد.

حالت سوم: وکالت

در برخی موارد صاحب سرمایه، اموال خود را ضمن عقد وکالت در اختیار وکیل قرار می‌دهد. وکیل با أخذ اجرت، فعالیت مورد نظر موکل را انجام خواهد داد. در این فرض نیز با توجه به امین بودن وکیل در عقد وکالت، تضمین اصل سرمایه توسط وی و به نفع موکل خلاف مقتضای عقد بوده و در نتیجه صحیح نخواهد بود^۲ (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۳۶۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۶۱). هم‌چنین تضمین اصل سرمایه توسط وکیل با قاعده تلازم بین نماء و درک منافات دارد؛ زیرا سرمایه ملک موکل است و سود در ملک وی حاصل می‌شود، به‌این ترتیب موکل، خود باید زیان وارد بر سرمایه را نیز متحمل گردد.

بنابراین با توجه به نوع همکاری افراد در فعالیت‌های تجاری که تحت عنوان مشارکت، مضاربه و یا وکالت است، بهره‌مندی افراد از سود حاصل و یا متضرر شدن آنان از زیان فعالیت انجام شده، متفاوت خواهد بود. در هر یک از انواع اوراق استصناع نیز پس از مشخص نمودن جایگاه اوراق در ذیل یکی از این عناوین (مشارکت، مضاربه یا وکالت) و اجرای قاعده ملازمه بین نماء و درک، حکم سود و زیان مترتب بر آن و در نتیجه تضمین پرداخت مبلغ اسمی اوراق واضح خواهد شد.

۳- تضمین پرداخت مبلغ اسمی در اوراق استصناع

واسط در اوراق استصناع، پرداخت مبلغ اسمی اوراق را در سررسید و یا در صورتی که خساراتی به پروژه وارد شود، تضمین می‌کند. دارنده اوراق در فرض افزایش قیمت پروژه تنها حق مطالبه مبلغ اسمی اوراق را در سررسید خواهد داشت و در فرض کاهش ارزش پروژه، از تحمل این خسارات مصون خواهد بود؛ در حالی که طبق قاعده از آنجا که افزایش ارزش پروژه در ملک سرمایه‌گذاران (خریداران اوراق) حاصل می‌شود، این سود متعلق به آنهاست.

^۱ «إذا اشترط المالك على العامل ضمان رأس المال لو تلف، فالظاهر عدم صحة الشرط، لمخالفة لمقتضى العقد، ومخالفة لقاعدة التلازم بين الضمان والملک المستفاد من قوله صلى الله عليه وآله الخراج بالضمان، لأن المفروض أن المال باق على ملك المالك والربح له أيضا، غاية الأمر تعاقد بمقدار منه في مقابل عمل الآخر».

^۲ «الوكيل أميناً لا يضمن ما تلف في يده إلا مع التفريط أو التعدي».

طبق قاعده تلازم بین سود و زیان، دارندگان اوراق به عنوان مالک سود حاصل از پروژه، باید خسارات وارد بر آن را نیز متحمل شوند؛ اما تضمین ارائه شده توسط واسط، مانع از اجرای این قواعد در فرآیند انتشار اوراق استصناع می‌شود. با توجه به توضیحات فوق لازم است در هر یک از انواع اوراق استصناع، حکم تضمین مبلغ اسمی مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۳- تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط واسط

با توجه به تفاوت ماهوی بین انواع اوراق استصناع، حکم تضمین اصل سرمایه توسط واسط، در هر یک از انواع این اوراق به صورت مجزا بررسی خواهد شد.

۱-۳-۱- تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط واسط، در اوراق استصناع تنزیلی

همان‌طور که در توضیح فرآیند انتشار اوراق استصناع تنزیلی بیان شد، سرمایه‌گذاران در بازار اولیه، دین حاصل از قرارداد استصناع بین بانی و واسط را به قیمت کم‌تر از مبلغ اسمی اوراق، تهیه می‌کنند. به این صورت که بانی به عنوان سفارش‌دهنده، مسئول پرداخت هزینه ساخت کالا در قرارداد استصناع می‌باشد؛ اما به جای پرداخت وجه نقد، اوراقی که میزان بدهی وی به واسط را بیان می‌کند، با سررسید مشخص به وی ارائه می‌نماید.

واسط به عنوان دائن در قرارداد استصناع، برای تبدیل این اوراق به وجوه نقد، آنها را به قیمتی کم‌تر از مبلغ اسمی به خریداران، در بازار اولیه می‌فروشد. بدین ترتیب خریداران، مالک کل دین در ذمه بانی شده و در سررسید حق مطالبه کل دین را از بانی دارند.

واسط در این فرآیند، پرداخت مبلغ اسمی اوراق استصناع در سررسید را به نفع خریداران تضمین می‌نماید. این تضمین باعث می‌شود، اگر ارزش بازاری پروژه در سررسید افزایش یابد، خریداران اوراق از این ارزش افزوده، بی‌بهره باشند و حق مطالبه مبلغی بیش از قیمت اسمی اوراق را نداشته باشند، و در صورتی که پروژه در اثر خسارات وارده ارزشی کم‌تر از مجموع ارزش اسمی اوراق، پیدا کند، این خسارات در میزان مطالبه خریداران اوراق نیز تأثیر نخواهد داشت و آنان در هر حال حق مطالبه کل مبلغ اسمی اوراق را دارند.

هر چند تضمین اصل سرمایه طبق آنچه بیان شد، صحیح نیست؛ اما با توجه به موارد آتی، این تضمین از جانب واسط در اوراق استصناع تنزیلی مانعی نخواهد داشت:

اول: در اوراق استصناع مبتنی بر تنزیل رابطه حقوقی بین واسط و سرمایه‌گذاران، رابطه خریدار و فروشنده می‌باشد. به این ترتیب واسط، شریک (در عقد شرکت)، عامل (در عقد مضاربه) یا

وکیل (در عقد وکالت) دارندگان اوراق نیست، تا تضمین مبلغ اسمی اوراق توسط وی، برخلاف قواعد مذکور در این عقود (تلازم بین نماء و درک و امین بودن شریک و عامل و وکیل) باشد.

دوم: در فرآیند انتشار اوراق استصناع تنزیلی، دارندگان اوراق، خریدار دین حاصل از قرارداد استصناع می‌باشند. در بیع دین، خریدار، تنها مالک دین در ذمه مدیون می‌شود و نسبت به سبب ایجاد دین، هیچ‌گونه حقی نخواهد داشت.^۱ دارندگان اوراق استصناع نیز تنها مالک دین در ذمه بانی شده و نسبت به پروژه که سفارش ساخت آن، سبب ایجاد دین بر عهده بانی است، هیچ‌گونه مالکیتی نخواهند داشت.

با توجه به توضیحات فوق افزایش ارزش پروژه در ملک خریداران اوراق حاصل نمی‌شود، تا آنان حق مطالبه سود حاصل از این افزایش ارزش را داشته باشند؛ بلکه این سود در ملک بانی که در اثر عقد استصناع مالک پروژه شده است، حاصل می‌گردد. حال با توجه به اینکه ارزش افزوده پروژه به عنوان سود متعلق به بانی می‌باشد، طبق قاعده ملازمه بین سود و زیان، بانی مسئول تحمل خسارات وارد بر پروژه نیز می‌باشد و دارندگان اوراق همان‌طور که از منافع پروژه بهره‌ای ندارند، خسارات وارد بر آن نیز، تأثیری در کاهش میزان مطالبه مبلغ اسمی اوراق برای آنان در پی نخواهد داشت.

سوم: خریدار در بیع دین، حق مطالبه کل مبلغ دین را از مدیون اصلی دارد. در صورتی که مدیون در سررسید به هر دلیلی — مانند عدم تحویل پروژه به وی یا معیوب بودن پروژه و ... — از ادای دین استنکاف ورزد، طبق تصریح فقها، خریدار دین، حق مراجعه به دائن اولیه (فروشنده) برای دریافت مبلغ بدهی را خواهد داشت؛ زیرا با بیع ثمن را دریافت نموده و مسئول پرداخت مبیع به مشتری می‌باشد^۲ (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۳۱۱).

در اوراق استصناع نیز، واسطه به عنوان فروشنده دین، پس از دریافت ثمن از خریدار، مسئول پرداخت مبیع (مبلغ اسمی دین) خواهد بود. در صورتی که بانی به هر دلیل، دین را در سررسید به مشتری نپردازد، خریدار اوراق، حق مراجعه به واسطه را دارد.

^۱ در عقد بیع مشتری با پرداخت ثمن، مالک مبیع می‌شود. در بیع دین، مبیع عبارت است از دینی که در ذمه مدیون می‌باشد. بدین ترتیب مشتری با انعقاد بیع دین، مالک آن دین می‌شود؛ اما حقی نسبت به سبب ایجاد دین نخواهد داشت.

^۲ «فإن وُفِّي الذی علیہ الدین مشتری، و إلاً رجع علی من اشتراه منه بالدرک».

با توجه به توضیحات فوق، واسط حتی در صورت عدم تضمین پرداخت مبلغ اسمی اوراق در سررسید، با استنکاف بانی از پرداخت مبلغ دین، چنین مسئولیتی خواهد داشت. بدین ترتیب تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط واسط، نه تنها با مقتضای فرآیند بیع دین منافات ندارد؛ بلکه طبق قواعد در هر یعی بایع مسئول پرداخت مبیع به مشتری می‌باشد و چنین تضمینی در بیع دین نیز وجود دارد.

هم چنین خریداران اوراق در بازار ثانویه، در صورت عدم استیفای دین، می‌توانند به فروشندگان قبلی مراجعه نمایند، که در نهایت فروشنده اصلی دین، یعنی واسط مسئول پرداخت خواهد بود.

۲-۱-۳- تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط واسط، در اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک

در فرآیند انتشار اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک، ابتدا بانی تعهد به اجاره و تملیک نهایی پروژه ساخته شده توسط واسط می‌نماید. واسط پس از گفتگوهای مقدماتی با پیمانکار طبق مبلغ توافق شده با وی، به انتشار اوراق استصناع و واگذاری آن به خریداران، جهت تأمین هزینه پروژه اقدام می‌کند. سرمایه‌گذاران با خرید این اوراق به عنوان سفارش‌دهنده در عقد استصناع، مالک سهم مشاعی از پروژه خواهند شد. در این فرآیند، واسط به عنوان وکیل از طرف سرمایه‌گذاران قرارداد استصناع را به هزینه آنان و با پیمان کار منعقد می‌نماید. به علاوه، واسط برای اطمینان خاطر سرمایه‌گذاران، تعهد به پرداخت مبلغ اسمی اوراق، در سررسید می‌نماید. خریداران اوراق نیز در سررسید حق مطالبه مبلغی بیش از قیمت اسمی اوراق را نخواهند داشت. تعهد واسط به پرداخت مبلغ اسمی اوراق در سررسید، در دو فرض افزایش و کاهش ارزش پروژه، با اشکال مواجه می‌باشد:

اشکال اول: در فرض افزایش ارزش پروژه

پروژه، ملک مشاع دارندگان اوراق می‌باشد. به این ترتیب اگر ارزش آن تا سررسید افزایش یابد، از آنجا که این افزایش در ملک خریداران حاصل شده، باید متعلق به آنان باشد؛ در حالی که واسط خود را، تنها به پرداخت قیمت اسمی اوراق متعهد نموده و دارندگان اوراق در سررسید، حق مطالبه ارزش افزوده پروژه را نخواهند داشت. اگر بانی، پروژه را به مجموع قیمت اسمی

اوراق، تملیک کند ارزش افزوده داخل در ملک وی می‌شود و در صورتی که بانی به قیمت واقعی، پروژه را تملیک کند، و واسط تنها موظف به پرداخت مبلغ اسمی اوراق به دارندگان آن باشد، مابه‌التفاوت این دو قیمت به نفع واسط خواهد بود. و در هر صورت خریداران اوراق، از ارزش افزوده بی‌بهره می‌باشند.

پاسخ به اشکال اول: واسط ضمن انعقاد قرارداد استصناع - به وکالت از سرمایه‌گذاران - با پیمان کار، در مورد اجاره و تملیک نهایی پروژه به بانی نیز از خریداران اوراق، وکالت می‌گیرد. واسط می‌تواند این وکالت را به تملیک پروژه به قیمت اسمی اوراق، مقید نماید. با توجه به اینکه وکالت بر تملیک به قیمت معین، در ضمن عقد لازم استصناع، بیان شده است، سرمایه‌گذاران به انجام مفاد آن ملزم می‌باشند و در حقیقت سرمایه‌گذاران با پذیرش این شرط، حق خود را اسقاط نموده‌اند. اما در صورتی که وکالت بر تملیک، مقید به قیمت اسمی اوراق نگردد، یا به دلیلی عمل به آن بر سرمایه‌گذاران لازم نباشد، سرمایه‌گذاران حق مطالبه ارزش بازاری پروژه را خواهند داشت و بدین ترتیب طبق قاعده، ارزش افزوده آن داخل در ملک دارندگان اوراق خواهد شد.

اشکال دوم: در فرض کاهش ارزش پروژه

همان‌طور که طبق قاعده، دارندگان اوراق باید از افزایش قیمت پروژه بهره‌مند گردند، به دلیل اصل تلازم میان نماء و درک، اگر پروژه با خسارت یا کاهش قیمت روبه‌رو شود، خریداران اوراق به عنوان مالکان مشاع پروژه که از منافع آن بهره‌مند می‌شوند، موظف به تحمل این زیان می‌باشند؛ اما واسط با تعهد به پرداخت مبلغ اسمی در سررسید، زیان‌های وارد بر پروژه را، خود متحمل می‌گردد. در حالی که واسط در فرآیند انتشار این نوع اوراق، به وکالت از خریداران اوراق، به انعقاد قرارداد استصناع با پیمان کار اقدام نموده است. در عقد وکالت نیز، وکیل امین محسوب می‌شود و جز در صورت تعدی و تفریط، مسئولیتی به عهده ندارد. در نتیجه این تعهد خلاف مقتضای عقد وکالت است.

پاسخ به اشکال دوم: هر چند وکالت عقد امانی است و وکیل جز در صورت تعدی و تفریط ضامن نمی‌باشد؛ اما باید توجه داشت شرط ضمان در آن، مخالف مقتضای عقد نیست؛ زیرا در این نوع عقود، امانی بودن، اقتضای ضمان ندارد؛ نه اینکه اقتضای عدم ضمان داشته باشد. بدین

ترتیب نفس عقد وکالت با توجه به امانی بودن، اقتضای ضمان ندارد؛ لکن می‌توان به سبب دیگری مانند شرط، ضمان را در آن داخل نمود. برخی از فقها این مطلب را در مورد صحت شرط ضمان، در عقود امانی مانند وکالت، عاریه، اجاره و رهن تصریح نموده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۲۷۱ و ج ۷: ۷۸؛ شهید صدر، ۱۴۰۱: ۱۹۴).^۱

در صورت عدم پذیرش این پاسخ، می‌توان گفت، هر چند واسط به عنوان وکیل و امین، نمی‌تواند تعهد به ضمان مبلغ اسمی اوراق نماید؛ اما تضمین سرمایه سرمایه‌گذاران توسط واسط به صورت داوطلبانه و به عنوان شخص ثالث در معامله، توسط واسط بلاشکال خواهد بود.^۲ به این صورت که واسط جبران ضرر احتمالی وارده به اصل سرمایه را به صورت شرط فعل در قرارداد می‌گنجاند و متعهد می‌گردد در صورتی که خسارتی متوجه صاحبان سرمایه شود آن را از اموال خود جبران نماید (تسخیری، ۱۳۸۶: ۱۸-۱۹).

۲-۳- تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط ثالث

حکم تضمین پرداخت مبلغ اسمی اوراق توسط شخص ثالث نیز با توجه به نوع معامله‌ای که بین سرمایه‌گذاران و واسط صورت می‌گیرد متفاوت خواهد بود.^۳

۱-۲-۳- تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط ثالث در اوراق استصناع مبتنی بر تنزیل

در عقد بیع، بائع موظف به تسلیم مبیع است. هر گاه بائع تعهد به تسلیم مبیع در آینده نماید، مبیع به صورت دین در ذمه وی قرار می‌گیرد. پرداخت هر دینی را شخص ثالث می‌تواند ضمانت نماید^۴ (بحرانی، ۱۴۲۸: ۳۹۴؛ امامی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۲۶۰). در اوراق استصناع تنزیلی رابطه واسط و سرمایه‌گذاران، رابطه بائع و مشتری است. واسط (بائع) تعهد به تسلیم مبیع (مبلغ دین) در سررسید

^۱ «عدم اقتضاء الأمانة المالكیة للضمان غیر اقتضائه عدم الضمان».

^۲ در مبحث آینده صحت تضمین مبلغ اسمی اوراق توسط شخص ثالث بررسی خواهد شد.

^۳ ماده ۶ دستورالعمل انتشار صکوک استصناع در سیستم بانکی، در اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک تضمین پرداخت مبلغ اجاره بها و بهای خرید دارایی را به عهده ثالثی که از میان مؤسسات اعتباری تحت نظارت بانک مرکزی، بیمه-ها، شرکت‌ها تأمین سرمایه، شرکت‌های سرمایه‌گذاری و نهادهای عمومی غیر دولتی انتخاب می‌شود، گذاشته است. و در تبصره اول همین ماده استقلال ضامن از بانی مورد تأکید قرار گرفته است.

^۴ «أشتر منه هذا الشيء و أنا ضامن لك بتسليم المبيع، وهو منصوص و مفتی به...».

دارد، شخص ثالث می‌تواند - اعم از اینکه حقیقی یا حقوقی باشد - پرداخت آن را در سررسید تضمین نماید و این تضمین قطعاً بلا مانع است.

۲-۳- تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط ثالث در اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک

در این فرض تعهد به پرداخت مبلغ اسمی اوراق در سررسید، از طریق نهادهای بیمه‌گذار امکان دارد. به این صورت که دارایی حاصل از عقد استصناع (پروژه) با پرداخت مبلغی در مقابل زیان‌های وارده بیمه می‌شود. باید توجه داشت، این تضمین در فرض ورود خسارت یا زیان‌های دیگر، باعث می‌شود پروژه با قیمت اسمی اوراق خریداری شده و در نتیجه هر یک از دارندگان به اصل سرمایه خود دست می‌یابد؛ اما این تضمین در فرض افزایش قیمت پروژه نمی‌تواند دلیلی بر عدم استحقاق دارندگان اوراق نسبت به ارزش افزوده پروژه گردد؛ زیرا همان‌طور که قبلاً گفتیم پروژه ملک مشاع دارندگان اوراق بوده و هر گونه افزایش ارزش، در ملک آنان حاصل می‌شود و متعلق به آنان است.

بدین ترتیب در اوراق استصناع نیز می‌توان، نهادی مستقل از بانی و واسط را برای تضمین پرداخت مبلغ اسمی اوراق در نظر گرفت.

نتیجه‌گیری

۱- دریافت مبلغ اسمی اوراق استصناع تنزیلی در سررسید، توسط سرمایه‌گذاران صحیح است؛ زیرا به تصریح فقهای امامیه و با تأیید شورای نگهبان، خریدار دین در سررسید مستحق دریافت کل مبلغ دین می‌باشد؛ هرچند قیمت کم‌تری را برای خرید دین پرداخته است.

هم‌چنین در بیع دین در صورتی که مدیون در سررسید به هردلیل از ادای دین خودداری نماید، خریدار دین با توجه به مسئولیت بایع به تأدیه مبیع، حق مراجعه به دائن به عنوان بایع در بیع دین را خواهد داشت. به این ترتیب، تضمین اصل سرمایه توسط ناشر اوراق استصناع تنزیلی مطابق با مسئولیت بایع نسبت به تأدیه مبیع می‌باشد.

۲- با توجه به اینکه با فروش اوراق به سرمایه‌گذاران، ناشر، پرداخت مبیع (دین ناشی از عقد استصناع) را به صورت دین مؤجل به عهده دارد؛ هر شخص ثالثی می‌تواند پرداخت مبلغ اسمی اوراق استصناع را در سررسید تضمین نماید. بدین ترتیب، تضمین اصل سرمایه (مبلغ پرداختی

جهت خرید اوراق) و سود متعلق به اوراق (مابه‌التفاوت قیمت خرید اوراق و مبلغ اسمی مندرج در آن) با اشکال مواجه نخواهد بود.

۳- در فرآیند انتشار اوراق استصناع تنزیلی دارندگان اوراق به عنوان خریدار دین تنها مالک دین در ذمه مدیون شده و نسبت به سبب ایجاد دین، یعنی پروژه سفارش داده شده هیچ‌گونه مالکیتی نخواهند داشت. به این ترتیب، افزایش یا کاهش ارزش پروژه در میزان مطالبه آنها از بانی تأثیری نخواهد داشت.

۴- از آنجا که دارندگان اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک مالکان مشاع پروژه می‌باشند، در صورت افزایش قیمت پروژه نسبت به مبلغ اسمی اوراق، حق مطالبه این ارزش افزوده را خواهند داشت؛ زیرا طبق قاعده ملازمه بین نماء و درک، مالک عین همان‌طور که متحمل خسارات وارد بر عین می‌شود، مستحق برخورداری از افزایش ارزش عین نیز خواهد بود. البته در صورتی که واسط وکالت بر اجاره و تملیک نهایی پروژه به بانی را به قیمت اسمی اوراق مقید نماید؛ پرداخت مبلغ اسمی اوراق بدون برخورداری از ارزش افزوده پروژه قابل توجیه است؛ در غیر این صورت تضمین اصل سرمایه در سررسید، دلیلی بر عدم استحقاق دارندگان اوراق نسبت به ارزش افزوده پروژه نخواهد بود.

۵- کاهش ارزش پروژه نسبت به قیمت اسمی اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک، باید به مالکان مشاع آن، یعنی سرمایه‌گذاران وارد شود و واسط به عنوان وکیل در انعقاد عقد استصناع، مسئول جبران خسارات نخواهد بود؛ مگر اینکه به صورت یک شخص ثالث پرداخت مبلغ اسمی اوراق را به عهده بگیرد.

منابع

- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم.
- احمد بن فارس بن زکریا، ابوالحسن. (۱۴۰۴ق). *معجم مقاییس اللغة*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- اشتهاودی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). *مدارک العروة*، تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر، چاپ اول.
- امامی، سید حسن. (۱۳۷۴) *حقوق مدنی*، تهران: کتابفروشی اسلامیة، چاپ دوازدهم.
- بحرانی، محمد سند. (۱۴۲۸ق). *فقه المصارف و النقود*، قم: مکتبه فدک، چاپ اول.

- تسخیری، محمد علی. (پاییز ۱۳۸۶) «مبانی شرعی اوراق بهادار اسلامی»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، شماره بیست و هفتم.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲) صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق.) وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول.
- حسینی شیرازی، سید محمد. (بی تا) ایصال الطالب إلى المكاسب، تهران: منشورات اعلمی، چاپ اول.
- رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله. (۱۴۰۷ق.) فقه الإمامیه: قسم الخیارات، قم: کتاب فروشی داوری، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی جبعی عاملی. (۱۴۱۳ق.) مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ اول.
- شهید صدر، سید محمد. (۱۴۲۰ق.) ماوراء الفقه، بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول.
- _____ (۱۴۰۱ق.) البنك اللاریوی، بیروت: دار التعارف للمطبوعات، چاپ هفتم.
- شیخ انصاری، مرتضی محمد بن امین. (۱۴۱۵ق.) کتاب المكاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول.
- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق.) المبسوط فی فقه الإمامیه: تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، چاپ سوم.
- _____ (۱۴۰۰ق.) النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار الکتاب العربی، چاپ دوم.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۹ق.) العروة الوثقی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق.) الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم.
- محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق.) شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- مصوبات کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار WWW.RDIS/RECORDSKE.ASP.
- موسویان، سید عباس. (پاییز و زمستان ۱۳۸۶) «اوراق بهادار استصناع: مکمل بازار سرمایه ایران»، دو فصلنامه جستارهای اقتصادی، سال چهارم، شماره ۸.

- _____ (۱۳۸۹) «نقش اوراق استصناع در تأمین مالی مسکن»، مجموعه مقالات گفتارهایی درباره اوراق بهادار (صکوک)، به اهتمام مجتبی کاوند. تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق.). *القواعد الفقهیه*، قم: نشر الهادی، چاپ اول.
- موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق.). *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول.
- _____ (بی تا) *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول.
- مؤمن قمی، محمد. (۱۴۱۵ق.). *کلمات سدیده فی مسائل جدیدہ*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- نظر پور، محمد نقی. (تابستان ۱۳۸۵) «عملیات بازار باز از طریق اوراق استصناع، مشکلات و راه حل‌ها»، فصلنامه تخصصی اقتصاد/اسلامی، شماره ۲۲.

