



بررسی ماهیت فقهی و حقوقی ابزارهای مالی صکوک مرابحه و اجاره

پدیدآورده (ها) : پاسبان، محمد رضا؛ اسمعیلی، حسین

حقوق :: فقه و حقوق اسلامی :: بهار و تابستان 1392 - شماره 6 (علمی-پژوهشی)

از 1 تا 22

آدرس ثابت : <http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1133937>

دانلود شده توسط : رحمان قاسمی

تاریخ دانلود : 21/01/1396

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [فوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



پایگاه مجلات تخصصی نور

www.noormags.ir

بررسی ماهیت فقهی و حقوقی ابزارهای مالی صکوک مرابحه و اجاره

محمد رضا پاسبان^۱

حسین اسمعیلی^۲

چکیده

بازار بورس هر کشوری نماد پویایی اقتصاد آن کشور است و تنوع ابزارهای مالی در آن تسهیل کننده این پویایی است. امروزه ابزارهای مالی متنوعی در بازارهای مالی جهان وجود دارد. با این حال در کشور ما تاکنون فقط دو نوع اوراق مالی از این دست یعنی اوراق سهام شرکتها و اوراق مشارکت رواج داشته است. با این حال در سالهای اخیر و پس از تصویب قانون بازار اوراق بهادار در سال ۱۳۸۴ و سپس قانون توسعه ابزارهای مالی ۱۳۸۸ راه برای معرفی و انتشار اوراق و ابزارهای مالی اسلامی نوینی مانند صکوک باز شد. برای بهره مندی از اوراق و ابزارهای جدید بیشتر، لازم است ماهیت حقوقی این ابزارها بررسی شود تا دریابیم که آیا انتشار این اوراق با قواعد حقوقی و فقهی ما سازگار است یا خیر. در این مقاله ضمن بیان اهمیت بازار بورس و تنوع ابزارهای مالی به بررسی مفهوم، ماهیت حقوقی دو نوع از ابزارهای مالی اسلامی (صکوک اجاره و صکوک مرابحه) و هم چنین تحول این ابزارها با توجه به قوانین یادشده و آئین نامه ها و دستورالعملها پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: بورس اوراق بهادار، ابزارهای مالی، صکوک، مرابحه، اجاره به شرط تملیک.

mpasban@atu.ac.ir
esmaily_133@yahoo.com

۱- دانشیار دانشگاه علامه طباطبائی
۲- کارشناس ارشد حقوق خصوصی

۱- مقدمه

از لوازم پیشرفت اقتصادی هر کشوری در جهان امروز، توسعه بازارهای مالی آن کشور است. بورس اوراق بهادار وظیفه سازماندهی پس اندازهای خرد و کلان مردم و جهت‌دهی آن به سمت فعالیت‌های مولد اقتصادی را بر عهده دارد. هر شرکت تجاری که نیاز به تأمین مالی و یا اعتبار داشته باشد با انتشار اوراق بهادار خویش در بورس می‌تواند به این اهداف برسد. طبیعی است هر چه تنوع این ابزارهای مالی بیشتر باشد به علایق و سلیق تعداد بیشتری از مردم جهت سرمایه‌گذاری پاسخ می‌دهد. امروزه تعداد ابزارهای مالی منتشر شده در بورس‌های جهان به چندین نوع می‌رسد در حالی که در کشورمان این تعداد تا کنون به دو نوع رسیده که عبارت از اوراق سهام شرکت‌ها و اوراق مشارکت می‌باشد. با توجه به تصویب دو قانون تأثیرگذار بر توسعه ابزارهای مالی اسلامی یعنی قانون بازار اوراق بهادار ۱۳۸۴ و قانون توسعه ابزارهای مالی ۱۳۸۸، بررسی مبانی فقهی و قانونی ابزارهای مالی برآمده از این قوانین و ماهیت حقوقی آنها ضروری می‌نماید به ویژه آنکه چنین بررسی‌ای چشم‌انداز روشن‌تری از امکان معرفی اوراق بیشتری در نظام سرمایه‌گذاری عمومی کشورمان را پیش‌رو قرار می‌دهد. البته در این رهگذر باید به فقر منابع داخلی جهت مطالعه با وصف نوپا بودن ابزارهای مالی مورد بحث اذعان نمود. لایحه قانون تجارت ۱۳۸۴ دولت و لایحه مشابه مجلس در سال ۱۳۹۱ به موضوع بورس اوراق بهادار و ابزارهای مالی نپرداخته است که این امر می‌تواند ناشی از تکمیل لایحه ۱۳۸۴ مزبور هم زمان با تصویب قانون بازار بورس از یک سو و پیروی مجلس از لایحه دولت در بازنویسی لایحه تجارت ۱۳۹۱ باشد. این مقاله سعی دارد ضمن تعریفی از بورس و اوراق بهادار، به یکی از مهمترین این ابزارها یعنی صکوک و انواع آن بپردازد. پس از آن ماهیت حقوقی دو نوع از ابزارهای مالی تازه منتشر شده در ایران و بعضی کشورهای اسلامی و تا حدودی اروپایی یعنی اوراق مرابحه و اوراق اجاره به شرط تملیک مطالعه خواهد شد. در این بررسی، ملاحظه خواهد شد که هر یک از دو نوع ابزار یادشده، خود به گونه‌های مختلفی دسته‌بندی می‌گردند. در لابلای نوشتار پیش‌رو به تطبیق مقررات و احکام این ابزارها با قوانین و دستورالعملها و مبانی فقهی نیز توجه خواهد شد.

۲- اهمیت تنوع ابزارهای مالی

ابزارهای مالی یا اوراق بهادار ورقه با ارزش و قابل مبادله‌ای هستند که به جهت اعتبار قائل شدن از سوی دولت یا سندیت از یک دارایی مشهود (فیزیکی) ارزش مبادله پیدا کرده‌اند (گلریز، ۱۳۷۴: ۳۶). دارایی مشهود می‌تواند سرمایه شرکت‌ها و مال مورد قرض باشد که اصطلاحاً اوراق سهام شرکت‌ها و اوراق قرضه نام می‌گیرند. این ابزارهای مالی در مکانی مبادله می‌شوند که به آن بورس و یا بازار اوراق بهادار می‌گویند. بورس واژه‌ای فرانسوی است و از جهت لغوی به معنای کیسه چرمی است تاجران، صرافان و دلال‌ها پول‌های خود را در آن می‌گذاشتند و برای معامله و مذاکره به مکان‌های معین می‌رفتند (معاونت آموزشی قوه قضاییه، ۱۳۸۸: ۳). امروزه بورس تعریف متحول شده‌ای دارد؛ طبق بند ۳ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار: «بازاری متشکل و خود انتظام است که اوراق بهادار در آن توسط کارگزاران و یا معامله گران طبق مقررات این قانون مورد دادوستد قرار می‌گیرد. بورس اوراق بهادار (که از این پس بورس نامیده می‌شود) در قالب شرکت سهامی عام تأسیس و اداره می‌شود.»

بازار بورس و اوراقی که در آن مبادله می‌شود به این دلیل حائز اهمیت هستند که امروزه بورس هر کشور نمودار پویایی صنعتی-اقتصادی آن کشور است. شرکت‌های تولیدی و توزیعی عمدتاً به واسطه فروش اوراق سهام و قرضه خود در بورس تأمین سرمایه می‌کنند. میزان بالا و رشد مبادله اوراق بهادار در بورس نشان از تجهیز و تکامل بیشتر این شرکت‌ها دارد که خود موجبات رشد اقتصادی و تولید و اشتغال را فراهم می‌کند و از تورم نیز جلوگیری می‌کند. زیرا با جمع‌آوری نقدینگی مازاد و به کارگیری آن در جهت تولید، مانع گردش سرگردان آن در بازار و بالا رفتن قیمت‌ها می‌شود (موسویان، ۱۳۸۶: ۳۴). در واقع بورس هر کشور پس‌اندازهای ریز و درشت جامعه را به صورت کوتاه‌مدت و بلندمدت جذب کرده و به سمت طرح‌های مفید و مولد اقتصادی هدایت می‌کند. طبیعی است هرچه ابزارهای مالی مورد استفاده در این بازار تنوع بیشتری داشته باشند بیشتر می‌توانند به اهداف، سلیقه‌ها و روحیات متنوع صاحبان پس‌انداز پاسخ دهند و زمینه مشارکت اشخاص بیشتری را فراهم کنند. بر این اساس طراحان می‌کوشند با نوآوری به تنوع ابزارهای مالی بیفزایند به طوری که امروزه صدها ابزار و شیوه برای تجهیز و تخصیص منابع مالی وجود

دارد. پوشیده نیست که اگر بورس کشورمان متنوع و گسترده بود به جای سرگردانی فصلی پس اندازهای مردم در بازارهای سکه، طلا، موبایل، ارز و که حاصلی جز تورم ندارد شاهد گسترش و افزایش تولید کارخانجات و شرکت‌های تولیدی بودیم.

۳- تعریف و پیشینه صکوک

صکوک جمع صکّ معرب شده چک و معادل ابزارهای مالی می‌باشد و در اصطلاح به ابزارهای مالی گویند که با توجه به اصول شرعی و عقود اسلامی در بعضی کشورهای اسلامی منتشر شده‌اند. این اوراق با توجه به روابط حقوقی طرفین آن مبتنی بر مشارکت در کار بوده و بنابراین عاری از ربا می‌باشند. هرچند کشورهای اردن و پاکستان تلاش‌هایی را برای ایجاد یک چهارچوب قانونی برای انتشار اوراق قرضه اسلامی انجام داده بودند، اما نخستین انتشار موفقیت‌آمیز اوراق قرضه اسلامی در سال ۱۹۸۳ در کشور مالزی صورت گرفت. هدف اصلی از انتشار این اوراق تسهیل فرآیند مدیریت دارایی‌ها در نظام بانکداری اسلامی بود که در آن زمان به بلوغ خود دست یافته بود. انتشار این اوراق که اوراق سرمایه‌گذاری دولتی نام گرفته بودند^۲ بر مبنای مفهوم اسلامی قرض بدون بهره انجام گرفت. اوراق سرمایه‌گذاری دولتی به موجب مفهوم قرض‌الحسنه، اوراق قابل مبادله در بورس محسوب نمی‌شد. بنابراین نمی‌توانست در بازار ثانویه (بورس اوراق بهادار) خریدوفروش شود. در نتیجه مبنای این اوراق از قرض‌الحسنه به بیع‌العینه تغییر کرد تا این اوراق قابلیت معامله در بازار دست‌دوم را پیدا کند. این واقعه در سال ۱۹۹۲ صورت پذیرفت (صالح آبادی، ۱۳۸۵: ۲۹) تفکیک و ممیزی سهام سازگار با شریعت به صورت متمرکز توسط انجمن مشاوره شریعت^۳ وابسته به کمیسیون بورس اوراق بهادار مالزی صورت می‌گیرد. فهرستی از سهام مجاز توسط این انجمن دوبار در سال انتشار می‌یابد. معیارهای تفکیک عمدتاً مبتنی بر فعالیت و درآمد هستند و هیچ تفکیک مبتنی بر بدهی یا نقدینگی مورد استفاده قرار نمی‌-

۱- تلاشی که در کشور اردن صورت گرفت این بود که به بانک اسلامی اجازه داد اوراق قرضه اسلامی منتشر کند. در سال ۱۹۸۱ نیز قانون مقارضه برای توسعه دارایی‌های وقفی تصویب شد. کشور پاکستان نیز تلاش مشابهی انجام داد و قانونی به نام « شرکت مضاربه‌ای» را در سال ۱۹۸۰ تصویب کرد. اما تاکنون هیچ‌گونه اوراق قرضه اسلامی در اردن و پاکستان منتشر نشده‌است.

2 - Government Investment Instrument

3 - Shariat Advistory Council (SAC)

گیرد (سلمان، ۱۳۸۶: ۳۳).

در ایران نیز «وجود این گونه اوراق با حذف اوراق قرضه پس از انقلاب اسلامی و به وجود آمدن نهاد نوینی به نام «اوراق مشارکت» طراحی و منتشر شد. این مفهوم نخستین بار به موجب قانون برنامه پنج ساله دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۷۳ در پهنه نظام حقوقی ایران پدیدار گشت» (پاسبان، ۱۳۸۹: ۲۲۹) این اوراق به جای اوراق قرضه که مبتنی بر بهره بود به وجود آمد اما نوآوری قانونگذار ایران در همین یک ابزار خلاصه شد و از آن موقع تاکنون در تنوع بخشیدن به ابزارهای مالی قابل معامله در بورس هیچ اقدامی صورت نگرفته است.

برخلاف بورس های فعال جهان که گاهی انواع متنوعی از ابزارهای قابل معامله وجود دارد، در بورس ایران فقط اوراق سهام شرکتها و اوراق مشارکت مبادله می شوند. به همین دلیل در راستای تنوع بخشی به بورس دو قانون به تصویب رسید. ابتدا قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۴) به ایجاد زیرساخت هایی نظیر شورای عالی بورس، سازمان بورس، حسابرسی، شرکت های سرمایه گذاری و... پرداخت که خود مقدمه تصویب قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید در راستای تسهیل اجرای سیاست های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی در سال ۱۳۸۸ شد. این قانون با تأسیس «نهاد واسطه» و دادن تخفیفات مالیاتی به بعضی شرکت های فعال در بورس درصدد توسعه ابزارهای مالی برآمد. در این دو قانون هیچ ذکری از ابزارهای مالی اسلامی (صکوک) به میان نیامده و فقط در بند د ماده ۱ قانون اخیر آمده: «نهاد واسطه یکی از نهادهای مالی موضوع قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران است که می تواند با انجام معاملات موضوع عقود اسلامی نسبت به تأمین مالی از طریق انتشار اوراق بهادار اقدام نماید» و مطابق بند ۱۳ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار به کارگیری ابزار جدید به پیشنهاد سازمان بورس و تصویب شورای عالی بورس می باشد که با مشورت کمیته فقهی و حقوقی سازمان، که مشابه نهاد «انجمن مشاوره شریعت» مالزی است، اقدام به نشر اوراق مالی جدید (صکوک) می کند. اخیراً در شهریور ماه سال ۱۳۹۰ اولین نوع از صکوک اجاره که متعلق به شرکت هواپیمایی ماهان بود در بازار اوراق بهادار عرضه شد که با استقبال خوبی مواجه شد و نشان داد با استفاده از

سازوکارهای حقوقی می‌توان به طراحی ابزارها و نهادهای جدید حقوقی پرداخت که ضمن برخورداری از استقبال عموم و فراهم کردن موجبات شکوفایی اقتصاد کشور، عاری از نواهی شرعی باشد (کاشانی، ۱۳۷۶: ۹۵).

ویژگی‌های مثبت بورس و ابزارهای مالی که به بخشی از آن اشاره شد، نباید موجب شود که هرآنچه نام ابزارهای مالی دارد را تقلید کرده و در بازار سرمایه کشورمان نشر دهیم. پوشیده نیست که قواعد حقوقی وظیفه نظم‌دهی اجتماع را به عهده دارند و قواعدی می‌توانند این وظیفه را درست انجام دهند که بیشترین تطابق و همسانی با اخلاق و روحیات و مذهب و عرف جاری جامعه را داشته باشند. «غایت مطلوب این است که قواعد حقوق در دل مردم جای گیرد و کسی از اجرای آن احساس زحمت و اجبار نکند... راه نفوذ در دلها به این است که مردم قوانین را ساخته خود و محصول ضرورتها و نیازهای جامعه ببینند. ... وصله‌های عاریتی از این امتیاز بی‌بهره است. این نکته ثابت می‌شود که رغبت عمومی به اجرای قواعد بومی و سنتی و مذهبی تا چه اندازه بیش از قوانین ناآشنا و عاریتی است» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۷).

چنانچه بعضی اوراق مبادله شده در بورس‌های جهان را به همان شکل اصلی ابداعی خود به کار گیریم عاری از موجبات بطلان معاملات نیست. چراکه این اوراق ساخته حقوق مغرب زمین است که نظامی مبتنی بر مبانی لیبرالیستی و اومانیزمی است. در آنجا کسب سود بیشتر هدف اصلی است بنابراین معاملات بازار سرمایه هرچند که مبتنی بر ربا، گروبندهی و قمار باشد جایز است. اما در جوامع ما هدف اصلی رسیدن به جامعه‌ای است که روح برابری و برادری و تعاون در آن حاکم باشد: «أَئِمَّا الْمُؤْمِنُونَ اخوه» (قرآن کریم، ۴۹، ۱۰). بنابراین رسیدن به سود بیشتر تا زمانی دارای ارزش است که به این هدف اصلی ضربه نزنند. شاید یکی از دلایلی که ربا نهی شده است همین رخت بر بستن روح برابری و برادری در جامعه است. ربا موجب عدم تحرک اقتصادی و زدودن چهره همدلی و همیاری در جامعه است، امری که موجب می‌شود اشخاص به مناسبات یکدیگر با رویکردی اقتصادی نگاه کنند تا یک انسان دارای کرامت ذاتی. در روایتی امام صادق (ع) علت تحریم ربا را چنین بیان می‌کنند: اگر ربا حلال بود مردم تجارت و معاملات را که به آن احتیاج دارند ترک می-

کردند و خداوند ربا را حرام کرد تا مردم از حرام به سوی حلال و از ربا به سوی تجارت و دادوستد روی آورند (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۸، ۱۲). در راستای این ملاحظات شرعی، متون فقهی و قوانین مدون کشورمان بایسته‌هایی را مقرر کرده که باید در طراحی اوراق جدید و به کارگیری اوراق رایج مدنظر قرار گیرند. این اصول عبارتند از: ۱. پرهیز از ربا (اصل ۴۹ قانون اساسی، بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی، ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی) ۲. ممنوعیت غرر: (ماده ۳۴۸ و بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی) ۳- پرهیز از قمار و گرویندی (ماده ۶۴۵ قانون مدنی).

در بعضی از این اوراق مانند اوراق قرضه و یا بعضی از انواع اوراق سهام ممتاز شرکت‌ها (موسویان، ۱۳۸۶: ۳۴۱) یا بعضی از ابزارهای مشتقه (معصومی‌نیا، ۱۳۸۷: ۱۳۰) این بایسته‌ها لحاظ نشده فلذا معاملات مبتنی بر آنها باطل است. از سویی لزوم تنوع ابزارهای مالی می- طلبد که اوراق گوناگونی طراحی و نشر شود که متناسب با اصول کلی معاملات در فقه و قانون مدنی باشد. به همین دلیل چندی است که در بعضی از کشورهای اسلامی اوراقی طراحی و منتشر شده که مبتنی بر بعضی عقود معین است. این اوراق با داشتن سود معین و نداشتن ریسک بازار موجب تحقق اهداف مورد انتظار مردم از بورس گردیده و عاری از موجبات بطلان معاملات نظیر ربا، غرر و نامشروعیت جهت معامله می‌باشند؛ امری که موجب شده‌است حتی کشورهای غیرمسلمان با انتشار این اوراق اقدام به جذب سرمایه‌های شهروندان مسلمان خویش کنند.^۱

۴- انواع صکوک

با توجه به گستردگی عقود معین می‌توان انواع صکوک را دسته بندی کرد که از آن جمله: صکوک اجاره، صکوک مباحه، صکوک استصناع، صکوک قرض الحسنه و صکوک مشارکت است. در این نوشتار با توجه به گستردگی کاربرد دو نوع اول فقط به بررسی این دو نوع می‌پردازیم:

1 - WWW.Farsnews.com/newstext.PHP?nn=2890821081.

۴-۱ اوراق مرابحه

بررسی و توضیح ابزارهای نوینی مانند اوراق مرابحه نیازمند بحث گسترده و مفصل است. این ضرورت با توجه به فقدان پیشینه معرفی ابزارهای مزبور در حقوق کشورمان از یکسو و پذیرش فراتر از انتظار آنها از سوی جامعه در مدت کوتاه ورود آن به بازار مالی ایران از سوی دیگر، دو چندان می‌نماید. با این حال به دلیل محدودیت مجال نوشتار حاضر تنها به تعریف، انواع و ماهیت حقوقی آن می‌پردازیم:

۴-۱-۱ تعریف و تحول اوراق مرابحه در نظام حقوقی ایران

عقد مرابحه یکی از انواع عقد بیع است که در آن فروشنده قیمت تمام شده کالا (قیمت خرید به علاوه هزینه‌های مربوطه) را به اطلاع مشتری می‌رساند و سپس تقاضای مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود می‌کند (نجفی، ۱۳۶۵: ۳۰۳) ربح به معنای سود است و مراد سودی است که فروشنده به قیمت تمام شده کالا اضافه می‌کند و آن را به اطلاع مشتری می‌رساند. در مرابحه طرفین باید از مبلغ خرید اولیه کالا و هزینه‌های مربوط از قبیل هزینه وزن، حمل و نقل و... آگاه باشند. همچنین چنانچه مشخص شود که فروشنده در اظهار مبلغ تمام شده دروغ گفته یا اشتباه کرده است برای خریدار حق فسخ خواهد بود (شهید ثانی، بی‌تا، ۹۹). عقد مرابحه می‌تواند بین فروشنده و خریدار اولیه باشد، بدین صورت که خریدار پس از خرید کالا و افزودن مبلغی به عنوان سود و یا هزینه‌های تمام شده، آن را دوباره به فروشنده اول بفروشد. از این جهت که هم فروشنده و هم خریدار از قیمت خرید و هزینه‌های تمام شده آگاهی کامل دارند مصداق بارز بیع مرابحه خواهد بود. قانون مدنی متعرض عقد بیع مرابحه نشده و مقررات آن در مورد مطلق بیع است.

در صورت جلسه کمیته فقهی و حقوقی سازمان بورس اوراق بهادار مورخ ۱۳۸۹/۲/۲۸ آمده است: «از آنجا که اوراق مرابحه انواع مختلفی دارد نمی‌توان تعریف جامع و دقیقی از این اوراق ارائه کرد اما در نگاه عام می‌توان گفت اوراق مرابحه اوراق بهاداری هستند که دارندگان آنها به طور مشاع مالک دارایی مالی (دینی) هستند که بر اساس قرارداد مرابحه حاصل شده است. این اوراق بازدهی ثابت داشته و قابل فروش در بازار ثانوی می‌باشند.

همچنان که ملاحظه می‌شود از عقد مرابحه در طراحی اوراق مرابحه و جهت جایگزینی اوراق قرضه استفاده شده است. در اوراق قرضه مرسوم، دارنده اوراق همان داین است که مبلغی را به شرکت و یا مؤسسه‌ای عمومی قرض داده است و در سررسید معین علاوه بر اصل دین مبلغی را به عنوان سود دریافت می‌کند (ستوده تهرانی ۱۳۸۲: ج ۲، ۸۴). این موضوع یعنی پرداخت سود در قبال دادن قرض همان ربا است که قانونگذار با حذف ماده ۶۵۳ قانون مدنی در مورخ ۶۱/۱۰/۸ و تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ آن را غیرشرعی دانست و از مقررات کشورمان حذف کرد.

ماده ۶۵۳ قانون مدنی اشعار می‌داشت: «مقترض می‌تواند به وجه ملزومی به مقرض وکالت دهد در مدتی که قرض بر ذمه او باقی است مقدار معینی از دارایی مدیون را در هر ماه یا در هر سال مجاناً به خود منتقل نماید».

شورای نگهبان نیز در نظریه مورخ ۷۴/۲/۲۴ در پاسخ به استعلام رییس مجلس در خصوص مصوبه هیئت وزیران که به وزارت اقتصاد و دارایی اجازه انتشار اوراق قرضه را داده بود، این مصوبه را خلاف موازین شرع شناخت (پاسبان، ۱۳۸۹: ۲۹۹). بنابراین معرفی اوراق مرابحه با طراحی حقوقی جالب خود توانسته علاوه بر پرداخت سود در سررسید معین که موجب استقبال عموم می‌شود از ربا جلوگیری کند.

۴-۱-۲ انواع اوراق مرابحه

اوراق مرابحه انواع مختلفی دارد که در این بخش به مهمترین آنها اشاره می‌نمائیم.

۴-۱-۲-۱ اوراق بدهی دولت

در این نوع از اوراق مرابحه موسسات مالی، کالاهای مورد نیاز دولت، موسسات عمومی و شرکتهای خصوصی را خریداری کرده و آنها را به قیمت بیشتری به صورت نسیه به آنها می‌فروشند و در قبال آن اسناد بهادار با مبلغ اسمی معین و با سررسیدهای مشخص تحویل می‌گیرند. دارندگان اوراق می‌توانند تا سررسید منتظر بمانند و مبلغ اسمی آنها را از دولت بگیرند و یا قبل از سررسید آنها را در بازار ثانوی بفروشند (فراهانی، ۱۳۸۱: ۲۷۲). اگر بخواهیم

این نوع اوراق را در بورس اجرا کنیم نیاز به موسسه یا نهاد واسطه موضوع بند د ماده ۱ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی می‌باشد. در واقع موسسات مالی و اعتباری و بانک‌ها، یک نهاد واسطه را، که از سازمان بورس مطابق بند ۶ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار کسب مجوز کرده است، انتخاب می‌کنند؛ نهاد واسطه در فراخوانی همگانی اقدام به جذب سرمایه- های مردم می‌کند و با سرمایه‌های فراهم شده و به وکالت از سرمایه‌گذارها (که می‌تواند مردم و یا موسسات مالی باشد) اقدام به خرید کالای موردنیاز شرکت‌های تجاری می‌کند و به آنها می‌فروشد و در عوض اوراقی را که نشان دهنده ثمن معامله است از آنها دریافت می‌کند. در این اوراق به نسبت سرمایه هریک از اعضا سود محاسبه شده و پس از کسر حق‌الوکاله نهاد واسطه به آنها تعلق می‌گیرد. اعضا می‌توانند این اوراق را در بورس (بازار ثانوی) واگذار کنند.

۴-۱-۲-۲ اوراق بازخرید دارایی

در این روش موسسه ناشر اوراق که همان نهاد واسطه است و طبق بند ۶ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار از سازمان بورس کسب مجوز کرده است دارایی دولت، سازمان‌ها و موسسات عمومی را از آنها به وکالت از صاحبان وجوه به صورت نقد می‌خرد سپس با قیمتی بالاتر به صورت نسبه مدت‌دار دوباره به خود آنها می‌فروشد و در قبال آنها اسناد مالی با مبالغ و سررسیدهای معین دریافت می‌کند و در اختیار اعضا نهاد واسطه (مردم) قرار می‌دهد. دارنده این اوراق می‌تواند در قبال دریافت ثمن این اوراق را برگرداند یا در بازار ثانوی بفروشد (صالح‌آبادی، همان، ۱۱۲). از این طریق دستگاه‌های دولتی و یا موسساتی که با کمبود نقدینگی مواجه هستند با فروش نقدی دارایی خود به نقدینگی موردنظر دست می‌یابند و از طرف دیگر نهاد واسطه و به تبع آن صاحبان وجوه از طریق این خرید و فروش به سود می‌رسند (موسویان، همان، ۳۵۷). این روش که مبتنی بر بیع‌العینه یا شرط بازخرید اموال فروخته شده است اولین بار در سال ۱۹۹۲ در بخش خصوصی اقتصاد مالزی به کار گرفته شد (صورت‌جلسه کمیته تخصصی فقهی - حقوقی سازمان بورس: ۲).

۴-۱-۳ ماهیت حقوقی اوراق مرابحه

برای شناخت ماهیت حقوقی اوراق مرابحه نخست، بررسی اجزاء و عناصر آن لازم می‌نماید که به شرح زیر و به اختصار به توصیف هر یک می‌پردازیم:

الف) بانی: هر شخص حقوقی مانند دولت، موسسه وابسته به دولت، شهرداری یا شرکت تجاری خصوصی که انتشار اوراق با هدف تأمین مالی وی صورت می‌گیرد.

ب) ناشر: که همان نهاد واسط است. نهاد واسط که اقدام به نشر اوراق می‌کند معمولاً توسط بانی انتخاب می‌شود. بند د ماده ۱ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی وجود نهاد واسط را پیش‌بینی نموده‌است. شورای عالی بورس در تاریخ ۸۹/۵/۱۱ به تصویب دستورالعمل فعالیت نهادهای واسط در ۹ ماده و ۱ تبصره مبادرت ورزیده است..

در ماده ۳ این دستورالعمل نهاد واسط در قالب شرکت با مسئولیت محدود تشکیل می‌شود که اداره آن بر اساس قانون تجارت و اساسنامه شرکت انجام خواهد شد. نهاد واسط چون اقدام به خریدوفروش می‌کند وفق بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت شرکت تجاری شناخته می‌شود.

ج) سرمایه‌گذاران (دارندگان اوراق): اشخاص حقوقی یا حقیقی هستند که با خرید اوراق مرابحه موجبات تأمین مالی بانی را فراهم می‌آورند.

در نوع اول اوراق مرابحه چند عمل حقوقی صورت می‌گیرد: نخست عقد بیع مرابحه است که نهاد واسط اقدام به خرید اموال موردنیاز می‌کند و با قیمتی بیشتر به عنوان سود آن را به شرکت‌های خصوصی و یا عمومی که همان بانی هستند می‌فروشد. این خریدوفروش از جانب سرمایه‌گذاران است یعنی نهاد واسط با قراردادی که حین پذیرهنویسی با عموم مردم منعقد می‌کند به وکالت از آنها اقدام به خریدوفروش اموال فوق می‌کند و پس از فروش اموال به بانی، طرف اخیر به جای پول نقد، اوراقی را که حاکی از بدهی خویش بابت ثمن اموال مزبور است از طریق نهاد واسط به سرمایه‌گذاران می‌دهد. این اوراق در بازار ثانوی قابل نقل و انتقال هستند. نقل و انتقال این اوراق در واقع خریدوفروش دین است که

شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۳۴۴ مورخ ۶۱/۱۰/۵ خویش آن را خلاف شرع ندانسته- است. شایان ذکر است مرحوم امام خمینی (ره) ابتدا در جلد ۲ تحریرالوسیله ص ۵۸۲ خریدوفروش دین به شخص ثالث به مبلغ کمتر از مبلغ اسمی را صحیح می‌داند اما در نظریه اخیر خویش که در مجموعه استفتائات جدید ج ۲ ص ۱۷۵ آمده آن را ربوی و باطل می‌داند (موسوی، ۱۳۸۱: ۷۸).

ملاحظه می‌شود که در نوع اول این اوراق هیچ‌گونه خللی که دال بر بطلان انتشار و معامله باشد وجود ندارد. اما نوع دوم آن علاوه بر وجود عقد وکالت و عقد مرابحه به طریق دیگری منعقد می‌شود. به اینصورت که ابتدا اموال از بانی خریده می‌شود سپس به صورت نسبه به قیمتی بالاتر به خود او فروخته می‌شود. این طریق می‌تواند شبهه وجود ربا را به ذهن متبادر کند به این صورت که در واقع نهاد واسطه مبلغی را به بانی قرض می‌دهد که مبلغ بیشتری را در مدت طولانی پس بگیرد که این مبلغ زیاده همان ربا است و برای دورزدن قوانین منع‌کننده ربا به طور صوری به عقد بیع تمسک شده‌است. یعنی بدون قصد بیع و حتی نقل و انتقال دارایی، وجه نقد جابه‌جا می‌شود و عقد بیع در اینجا نوعی حيله است.

همچنان که گفته شد این روش مبتنی بر عقد بیع‌العینه است و اولین بار در کشور مالزی به کارگرفته شده‌است که در فقه اهل سنت بلاشکال است اما فقهای شیعه آن را به طور مطلق صحیح نمی‌دانند. فقهای شیعه به شرطی آن را صحیح می‌دانند که بیع دوم در ضمن بیع اول شرط نشود و بدون تبانی قبلی بیع دوم واقع شود (نجفی، ۱۳۶۵: ۱۰۸) صاحب مفتاح‌الکرامه بر این دیدگاه ادعای اجماع کرده‌است (حسینی عاملی، بی‌تا: ۴۹۶).

این پیامد را می‌توان از مقررات قانون مدنی دریافت. مفهوم ماده ۲۱۸ و بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی صوری بودن عقد و فقدان قصد را موجب بطلان می‌داند. صورت دوم از اوراق مرابحه نیز به دلیل عدم قصد جدی بر معامله و نیز بروز ربا در آن باطل است و معاملات مترتب بر آن در بازار ثانوی نیز باطل است.

۴-۲ اوراق اجاره به شرط تملیک

در این بحث به تعریف، انواع و ماهیت حقوقی اوراق اجاره به شرط تملیک می‌پردازیم.

۴-۲-۱ تعریف اجاره به شرط تملیک

ماده ۴۶۶ قانون مدنی عقد اجاره را چنین تعریف می‌کند: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستاجر مالک منافع عین مستاجره می‌شود. اجاره دهنده را موجر و اجاره کننده را مستاجر و مورد اجاره را عین مستاجره گویند.» اما از «اجاره به شرط تملیک» ذکری به میان نیامده است. کتب متقدم فقهی نیز با این اصطلاح بیگانه‌اند. این نهاد حقوقی به تقلید از حقوق انگلیس وارد نظام حقوقی ما شده (اسلامی‌پناه، ۱۳۸۸: ۲) و نخستین بار در ماده ۱۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۶۲/۶/۱۰ مورد اشاره قرار گرفت. این قانون بدون تعریف از این نهاد حقوقی به بانک‌ها این اختیار را داد که تسهیلاتی را در قالب قرارداد اجاره به شرط تملیک ارائه کنند. با این حال اندکی پس از آن در ماده ۵۷ آیین‌نامه این قانون اجاره به شرط تملیک چنین تعریف گردید: «اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شود مستاجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد عین مستاجره را مالک گردد.» ماده ۶۴ این آیین‌نامه تأیید می‌کند: «در قرارداد اجاره به شرط تملیک باید شرط شود که در پایان مدت اجاره و پس از پرداخت آخرین قسط مال - الاجاره در صورتی که تعهدات مستاجر انجام شده باشد عین مورد اجاره در مالکیت مستاجر درآید.»

این تملیک واپسین می‌تواند در قبال پرداخت مبلغی از سوی مستاجر و یا مجانی باشد. معمولاً در قراردادهایی که اقساط مال الاجاره سنگین و بالا است تملیک واپسین مجانی است. در حالیکه در مواردی که اقساط مال الاجاره کم است تملیک نهایی در قبال پرداخت عوضی معین شرط می‌شود و نیز این تملیک می‌تواند به صورت شرط فعل و یا شرط نتیجه در ضمن عقد اجاره ذکر شود. در استفتائاتی که از بعضی فقهای معاصر شده است ذکر شرط نتیجه را برای تملیک نهایی جایز نمی‌دانند و صرفاً در صورتی که شرط فعل شده باشد (معوض یا مجانی) آن را صحیح می‌دانند. مرحوم آیت‌الله فاضل لنکرانی در پاسخ به استفتائی چنین بیان می‌کنند: «اگر مقصود آن است که تملیک به نحو شرط نتیجه باشد به این معنا که بعد از پایان یافتن مدت اجاره خودبه‌خود به تملیک مشتری و مستاجر درآید صحت آن مشکل است لکن اگر مقصود این باشد که ملک را اجاره دهد مشروط بر آن که

در پایان مدت اجاره مالک هبه کند یا صلح کند یا به مبلغ ناچیز به تملک مستاجر درآورد این کار صحیح است (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، ۱۳۸۱: ۲۷)

۴-۲-۲ تعریف اوراق اجاره به شرط تملیک

در بند الف ماده ۱ «دستورالعمل انتشار اوراق اجاره» که در تاریخ ۸۹/۵/۱۱ به تصویب شورای عالی بورس و اوراق بهادار رسیده است اوراق اجاره چنین تعریف شده است:

«اوراق اجاره اوراق بهادار با نام قابل نقل و انتقالی است که به موجب این دستورالعمل منتشر می شود. هر ورقه اجاره نشان دهنده مالکیت مشاع دارنده آن در دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره است». در ماده ۱۳ آن از جمله انواع قراردادهای اجاره مورد قبول در انتشار اوراق اجاره را اجاره به شرط تملیک نام برده است. همچنان که مشاهده می شود در این دستورالعمل «اوراق اجاره به شرط تملیک» تعریف نشده است. با تطبیق دادن تعریف عقد اجاره با اجاره به شرط تملیک و نیز تعریف ماده ۱ می توان این اوراق را چنین تعریف کرد:

«اوراق بهاداری است که توسط نهاد واسط منتشر می شود و قابل نقل و انتقال در بورس اوراق بهادار است که هر ورقه نشان دهنده مالکیت موقت مشاع دارنده آن در دارایی مبنای انتشار اوراق است.»

در این تعریف از آن جهت عبارت «که توسط نهاد واسط منتشر می شود» را اضافه کردیم که طبق «دستورالعمل فعالیت نهاد واسط» مورخ ۸۹/۵/۱۱ مصوب شورای عالی بورس و اوراق بهادار و بند د ماده ۱ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید، فقط نهاد واسط می تواند این اوراق را منتشر کند. همچنین علت افزودن عبارت «مالکیت موقت مشاع» آن است که طبق ماهیت عقد اجاره به شرط تملیک و شرطی که برای تملیک واپسین مقرر می شود مالکیت موقت (دارنده اوراق اجاره) تا زمان اجاره است و پس از آن مالکیت مزبور از بین می رود.

۴-۲-۳ انواع اوراق اجاره به شرط تملیک

اوراق اجاره به شرط تملیک در قالب‌های مختلف و به منظوره‌های متفاوت قابل انتشار است که در زیر به بررسی آنها می‌پردازیم.

۴-۲-۳-۱ فرض مجزا بودن فروشنده ابتدایی دارایی با مستاجر

در این نوع از اوراق اجاره به شرط تملیک، نهاد واسطه با واگذاری اوراق اجاره به شرط تملیک به سرمایه‌گذاران و جمع‌آوری سرمایه اقدام به خرید کالای موردنیاز شرکت تجاری یا موسسه دولتی می‌کند و آن را به شرکت یا موسسه اجاره می‌دهد (صورت‌جلسه کمیته فقهی حقوقی ۸۶/۳/۲۳، ۳).

همچنان که ملاحظه می‌شود در این نوع از «اوراق اجاره به شرط تملیک» هدف از انتشار اوراق، تأمین مالی موسسه یا شرکت است. به این صورت که ممکن است شرکت تجاری برای انجام عملیات خود مثلاً احداث سد، ساختن جاده و... نیاز به بعضی دستگاه‌ها و ماشین‌های سرمایه‌ای و یا برای تجارت‌خانه خود نیاز به ماشین‌های تولیدی داشته باشد اما سرمایه و پول کافی جهت خرید آنها را نداشته باشد. نهاد واسطه به وکالت از صاحبان وجوه این دستگاه‌ها را خریده و به موسسات و شرکت‌های تجاری اجاره می‌دهد و مال الاجاره را پس از کسر حق‌الوکاله خود بین صاحبان اوراق تقسیم می‌کند و پس از رسیدن اجل و بنا به شرط ضمن عقد، کالای مزبور را به مستاجر تملیک می‌کند.

۴-۲-۳-۲ فرض اتحاد فروشنده دارایی با مستاجر

در این نوع از اوراق اجاره به شرط تملیک، نهاد واسطه با واگذاری اوراق اجاره به مردم و جمع‌آوری وجوه به وکالت از طرف صاحبان اوراق، کالای سرمایه‌ای یک موسسه دولتی یا شرکت تجاری را از آن مؤسسه یا شرکت می‌خرد سپس به همان بنگاه اجاره می‌دهد (همان: ۲). در اینجا نیز پس از سررسیدن مدت اجاره، کالا را به مستاجر که همان موسسه یا شرکت است تملیک می‌کند و اگر تملیک درقبال دریافت ثمن باشد آن ثمن را نیز به علاوه مال الاجاره پس از کسر حق‌الوکاله خود بین صاحبان اوراق تقسیم می‌کند. همچنان که

ملاحظه می‌شود در این نوع از اوراق اجاره به شرط تملیک، موسسه یا شرکت تجاری کالای تجاری مورد نیاز برای فعالیت خود را در اختیار دارد اما برای سایر هزینه‌های جاری خود از جمله پرداخت حقوق کارکنان نقدینگی لازم را در اختیار ندارد و ناچار شده‌است کالای خود را به فروش برساند و ضمن فروش شرط می‌کند که این کالا را دوباره به خود فروشنده اجاره دهند. این عمل می‌تواند از ورشکستگی شرکت در بسیاری موارد جلوگیری کند و مانع از توقف فعالیت‌های تجاری مولد که موجب رشد اقتصادی کشور و باعث اشتغال شمار زیادی است بشود. همچنان که ملاحظه می‌شود در این نوع از اوراق اجاره فروشنده کالا و مستاجر واحد است. انتشار اوراق اجاره به شرط تملیک شرکت هواپیمایی ماهان در شهریور ماه سال گذشته از این نوع بود.

۴-۲-۴ ماهیت حقوقی اوراق اجاره به شرط تملیک

برای بررسی ماهیت حقوقی اوراق اجاره به شرط تملیک لازم است ابتدا رابطه حقوقی بین ارکان اوراق اجاره به شرط تملیک در دو نوع مختلف آن جداگانه تبیین و در پایان فروش ثانوی این اوراق در بازار اوراق بهادار بحث شود.

۴-۲-۴-۱ ماهیت حقوقی نوع اول اوراق اجاره به شرط تملیک

ماهیت حقوقی اوراق اجاره به شرط تملیک را در نوع اول می‌توان به شرح ذیل تبیین نمود:

در مرحله نخست، نهاد واسط برای خرید کالای سرمایه‌ای معین، که شرح آن در بیانیه‌ای نزد سازمان بورس ثبت می‌شود، اقدام به انتشار اوراق اجاره می‌کند و ضمن جمع آوری سرمایه مردم، از آنان وکالت در خرید و فروش، اجاره و حتی وکالت در اقامه دعوی احتمالی موضوع می‌گیرد. همچنان که پیداست این عمل وکالت است و ذیل ماده ۶۵۶ قانون مدنی جای می‌گیرد.

در مرحله بعد نهاد واسط به وکالت از صاحبان وجوه و با سرمایه به‌دست آمده اقدام به خرید کالای مورد نیاز می‌کند؛ همچنان که پیداست این عمل نیز عقد بیع موضوع ماده ۳۳۸ قانون مدنی است.

بعد از آن نهاد واسطه آن کالا را برای مدت معین در قالب عقد اجاره به شرط تملیک به شرکت تجاری واگذار می‌کند. در بحث تعریف عقد اجاره به شرط تملیک گفتیم که این عقد موضوع ماده ۱۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۵۷ آیین‌نامه آن است و با توجه به نظریه فقه‌های معاصر (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، همان، ۲۷) چنانچه تملیک نهایی به صورت شرط فعل باشد از نظر حقوقی بلااشکال است.

بنابراین همچنان که ملاحظه شد هیچ ایراد حقوقی و فقهی بر نشر این اوراق وارد نیست و به دلیل سودمعین ناشی از اجرت‌المسمی عقد اجاره مورد استقبال عموم قرار می‌گیرد. اوراق قرضه مرسوم که دارای سود معین و قابل انتظار است، از آنجا که از دارایی مشهود حاصل نشده بلکه از عقد قرض و بهره به دست می‌آید، دارای ماهیت ربوی است، بنابراین مستند به بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی باطل می‌باشد. در اوراق اجاره به شرط تملیک، سود اوراق در حقیقت اجرت‌المسمی است که ناشی از رابطه حقوقی مالکیت بر موضوع مورد اجاره است.

۴-۲-۲ ماهیت حقوقی نوع دوم اوراق اجاره به شرط تملیک

مناسبات حقوقی در اوراق اجاره به شرط تملیک در نوع دوم از نوع اول متفاوت بوده و در نتیجه ماهیت حقوقی ناشی از این مناسبات نیز با هم متفاوت است.

نخست نهاد واسطه به انتشار اوراق اجاره به شرط تملیک و در ضمن آن به اخذ وکالت از صاحبان وجوه برای خرید اوراق اجاره به شرط تملیک اقدام می‌کند، همانگونه که گفته شد ماهیت این عمل عقد وکالت است.

در مرحله بعد با وجوه به دست آمده اقدام به خرید دارایی‌های شرکت تجاری می‌کند و ضمن عقد بیع شرط می‌کند که دوباره این اموال به فروشنده اجاره به شرط تملیک شود. در اینجا یک عمل حقوقی بیع و دو عمل حقوقی شرط ضمن عقد موضوع ماده ۲۳۷، قانون مدنی وجود دارد؛ دو عمل حقوقی اخیر عبارتند از:

اول: ضمن عقد بیع شرط می‌شود که مبیع به بایع اجاره داده شود.

دوم: ضمن عقد اجاره شرط می‌شود که در پایان مدت اجاره، موجر (نهاد واسطه به وکالت از دارندگان اوراق) عین مستاجره را به مستاجر تملیک کند (شرط فعل) یا در پایان مدت عین مستاجره به تملیک مستاجر درآید (شرط نتیجه).

در مورد شرط دوم چنانچه قبلاً گفته شد اگر چه شرط فعل از نظر فقهی صحیح است اما عمل حقوقی بیع که مشروط به شرط اجاره دادن مجدد است، صحیح نیست چراکه مصداق ربا است. با این توضیح که عملیات یاد شده می‌تواند مصداقی از بیع‌العینه که دستاویزی برای دورزدن احکام ربا است باشد.

بیع‌العینه همان شرط بازخرید دارایی است به این نحو که فردی که نیاز به قرض گرفتن دارد و برای این موضوع راهی جز دادن ربا ندارد اقدام به فروش مالی از خود می‌کند و شرط می‌کند که خود دوباره آن را از مشتری به قیمت بیشتر و نسیه بخرد. به این ترتیب مبیع دوباره در اختیار فروشنده قرار می‌گیرد و وجه نقدی که قیمت واقعی و ثمن‌المسمی بیع اول است و نیز مبلغ سود که همان ربا است را به بایع مقروض می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۴۸۵). در اینجا نیز چون شرط می‌شود که مبیع دوباره به تملک بایع درآید هرچند در قالب اجاره به شرط تملیک، به نظر می‌رسد مصداقی از عقد بیع‌العینه باشد که چون برای دورزدن احکام ربا است از نظر فقها باطل به نظر می‌رسد.

در یک صورت نوع دوم اوراق اجاره به شرط تملیک می‌تواند صحیح باشد و آن زمانی است که تملیک نهایی در اجاره به صورت شرط فعل نباشد، بلکه به این صورت باشد که به خریدار که همان نهاد واسطه به وکالت از صاحبان اوراق اجاره است اختیار فروش مجدد آن داده شود بدون آنکه الزامی برای فروش مجدد به بایع را داشته باشد. در این مورد چون نهاد واسطه می‌تواند از فروش آن به همان شرکت تجاری سرباز زند و آن را در بازار آزاد به فروش رساند بنا به ماده ۳۰ ق.م.تصرفی مالکانه کرده و تبانی برای فرار از احکام ربا رنگ می‌بازد و معامله صحیح است.

۴-۲-۳- ماهیت حقوقی انتقال ثانوی اوراق اجاره

در باب انتقال ثانوی اوراق مرابحه گفتیم که هریک از اوراق نشانگر بدهی دولت،

مؤسسات عمومی و یا شرکت تجاری است که نقل و انتقال آن از باب خرید دین موضوع نظریه شماره ۶۹۰۳ مورخ ۶/۱۰/۶ شورای نگهبان صحیح می‌باشد. اما در اینجا هریک از اوراق اجاره نشانگر طلب دارنده نیست بلکه نشانگر مالکیت بر عینی است که به اجاره داده شده‌است. از آنجا که عین مزبور توسط نهاد واسط و به وکالت از همه صاحبان وجوه خریداری و به اجاره داده شده‌است این عین، مال مشاعی به شمار می‌رود که همه صاحبان وجوه در آن شریک هستند و نقل و انتقال آن در بورس مصداق خرید و فروش سهمی از مال مشاع است که ماده ۵۸۳ آن را جایز به شمار می‌آورد.

شبهه‌ای که در بحث حاضرامکان دارد به وجود آید عبارت از آن است که اگر مال مورد اجاره مشاع و مصداقی از عقد شرکت باشد چنانچه یکی از شرکا (صاحبان وجوه) فوت یا محجور شود نهاد واسط که ماذون در تصرف در آن مال بوده نمی‌تواند تصرف و اداره آن مال را به انجام برساند و در نتیجه ادامه اعمال حقوقی ناشی از انتشار اوراق اجاره عقیم می‌ماند (ماده ۶۷۸ قانون مدنی).

برای رفع شبهه باید موضوع را در دو زمان یعنی قبل از اجاره دادن مال توسط نهاد واسط و بعد از آن بررسی کرد. در صورت دوم چون اعمال حقوقی که نهاد واسط برای انجام آن نیابت داشته به اتمام رسیده و فقط آثار آن ادامه دارد باید گفت که حجر یا فوت دارنده اوراق اجاره هیچ‌گونه تأثیری در انتشار اوراق اجاره ندارد. اما در مورد اول موضوع مشکل به نظر می‌رسد. در بیانیه ثبتی که شرکت هواپیمایی ماهان برای انتشار اوراق اجاره خود در اسفند ماه سال نود منتشر کرد سعی نموده که این مشکل را چنین حل نماید: «۲» دارنده اوراق اجاره ضمن عقد خارج لازم که به اقرار شفاهی بین طرفین منعقد گردیده حقوق و مالکیت اوراق اجاره خود را در صورت حجر به قیمت روز به شرکت واسط مالی بهمن (با مسئولیت محدود) منتقل نمود. ۳» در صورت فوت دارنده اوراق اجاره، شرکت واسط مالی بهمن (با مسئولیت محدود) وصی وی در کلیه اختیارات مرقوم در این بیانیه می‌باشد.

همچنان که می‌بینیم شرکت ماهان در صورت فوت احد دارندگان اوراق اجاره، ابتکاری هوشمندانه به خرج داده‌است اما در صورت حجر، نفوذ حقوقی این شرط مشکل به نظر

می‌رسد زیرا که:

اولاً ثمن معامله شناور است ثانیاً ظاهراً بنا است که «انتقال حقوق و مالکیت اوراق اجاره در صورت حجر دارنده» معامله‌ای معلق باشد که معلق علیه، حجر فروشنده مال است در حالی که یکی از شرایط معلق علیه این است که امری محتمل و خارجی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۹۷). در صورتی می‌توانیم این شرط را صحیح بدانیم که معامله ثمن شناور را صحیح و حجر یکی از طرفین را به منزله حدوث امری خارج از اراده طرفین تلقی کنیم.

۵- نتیجه گیری

اهمیت تنوع ابزارهای مالی و نیز لزوم رعایت مقررات عام قانون مدنی و پیشینه فقهی شرعی قوانین در بازار اوراق بهادار، ایجاب می‌کند که متولیان بازار سرمایه کشورمان نیز همچون کشورهای نظیر مالزی، انگلستان و سوییس درصدد طراحی و انتشار اوراق بهادار صکوک باشند. صکوک از سویی دارای سود قطعی و از پیش تعیین شده‌است که ویژگی قابل اعتماد اوراق قرضه‌ها را داراست و از سویی عاری از ربا است که موجب تطابق با دستورات شرع انور است. صکوک انواع مختلف دارد: اجاره، مرابحه، استصناع، قرض‌الحسنه و ... که ما در این مقاله به بررسی دو نوع اول پرداختیم. نهاد واسطه که در قالب شرکت تجاری با مسئولیت محدود نزد اداره ثبت شرکت‌ها و سازمان بورس اوراق بهادار ثبت می‌شود به واسطه از شرکت‌های تجاری و موسسات عمومی این اوراق بهادار را منتشر می‌کند و با جمع‌آوری سرمایه‌های مردم آنها را در اختیار شرکت‌ها و موسسات می‌گذارد، امری که موجب تأمین نقدینگی شرکت‌ها و جهت‌دهی سرمایه‌های مردم به سمت کارهای تولیدی می‌شود. این روابط شامل مجموعه‌ای از اعمال حقوقی نظیر وکالت، بیع و اجاره است که کاملاً با قواعد عمومی قراردادهای و دستورات شرع موافق و از نظر حقوقی صحیح می‌باشند.

منابع

الف) کتب

- ۱- قرآن کریم
- ۲- پاسبان، محمدرضا، (۱۳۹۱)، *حقوق شرکتهای تجاری*، چاپ هفتم تهران، انتشارات سمت.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۶)، *ترمیولوژی حقوق*، چاپ هشتم تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۴- حرعاملی، شیخ محمدبن الحسن، (بی تا)، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۵- حسینی عاملی، سیدجواد، (بی تا)، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۴، چاپ اول، بیروت، موسسه آل البیت.
- ۶- ستوده تهرانی، حسن، (۱۳۸۲)، *حقوق تجارت*، چاپ پنجم، تهران، نشر دادگستر.
- ۷- سلمان، سیدعلی، (۱۳۸۶)، *محصولات بازار سرمایه اسلامی*، مترجم: محمد مهدی عسگری و همکاران، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
- ۸- شهیدثانی، محمدبن جواد مکی عاملی، (بی تا)، *الروضه البیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، بیروت، دارالعلم الاسلامی.
- ۹- صالح آبادی، علی (۱۳۸۵)، *بازارهای مالی اسلامی*، چاپ اول، تهران، انتشارات سازمان بورس و اوراق بهادار.
- ۱۰- *صورت جلسات کمیته فقهی - حقوقی سازمان بورس و اوراق بهادار*، تهران، انتشارات سازمان بورس و اوراق بهادار
- ۱۱- فراهانی فرد، سعید (۱۳۸۱)، *سیاستهای اقتصادی در اسلام*، چاپ اول، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹)، *مسئولیت مدنی*، چاپ نهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۳- -----، (۱۳۸۳)، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار.
- ۱۴- گلریز، حسن، (۱۳۷۴)، *بورس اوراق بهادار*، چاپ اول، تهران، انتشارات امیرکبیر.
- ۱۵- مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۳)، *بحارالانوار*، بیروت، چاپ اول، دارالاحیاء التراث العربی.
- ۱۶- مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، (۱۳۸۱)، *مجموعه آرای فقهی - قضایی*، چاپ اول، قم.

معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه.

۱۷- معصومی نیا، غلامعلی، (۱۳۸۷)، *ابزارهای مشتقه*، چاپ اول، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۱۸- موسویان، عباس، (۱۳۸۶)، *ابزارهای مالی اسلامی*، چاپ اول، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۱۹- نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۵)، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۳۳، چاپ دوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

ب) مقالات

۲۰- اسلامی پناه علی، عباسیان رضا، (۱۳۸۸)، «*اجاره به شرط تملیک در حقوق ایران و انگلیس*»، *فصلنامه حقوق*، شماره ۳.

۲۱- صمدی، سعید، (۱۳۸۶)، «*بررسی رابطه بین توسعه بازارهای مالی و توسعه اقتصادی*»، *فصلنامه پژوهشهای اقتصادی*، سال ششم شماره ۳.

۲۲- کاشانی، سید محمود، (۱۳۸۷)، «*بررسی حقوقی چهارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا*»، *مجموعه مقالات هشتمین سمینار بانکداری اسلامی*، مؤسسه عالی بانکداری تهران.

۲۳- موسوی، سیدباقر، (۱۳۸۱)، «*خریدوفروش دین (تنزیل)*» *فصلنامه اقتصاد اسلامی*، شماره ۷.

ج) سایت‌های اینترنتی

24- WWW.bourse2A.ir/print.PHP?id=2750

25- WWW.Farsnews.com/newstext.PHP?nn=8908021081

26- WWW.Seo.ir

27- WWW.Spr.ir