

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۹،
تابستان ۱۳۹۱، ص ۱۷۹-۱۵۱

تحلیل ماهیت حقوقی اوراق (صکوک) اجاره*

دکتر جلیل فنواتی^۱

استادیار دانشکده حقوق پردیس قم دانشگاه تهران

Email: j_ghanavati@yahoo.com

مرضیه داوری لنگرودی

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی پردیس قم دانشگاه تهران

Email: davarimarzieh@gmail.com

چکیده

از جمله مباحث مهم در زمینه حقوق مالی، مسایل مربوط به نهادهای مالی است. بررسی این مسایل به دلیل نهمی شارع از انواع خاصی از معاملات- ربوی، غرری، ضرری و ...- در حقوق اسلامی دارای اهمیتی ویژه است. از جمله مباحث مهم در حقوق مالیه اسلامی، ارزیابی و بررسی مشروعیت و ماهیت محصولات مالی جدید است.

یکی از ابزارهای مالی جدید، اوراق (صکوک) اجاره است. تحلیل ماهیت حقوقی این اوراق - به عنوان قراردادی بدیع - از آن جهت دارای اهمیت است که در بررسی‌های حقوقی ایران فاقد سابقه بوده و مشروعیت، ماهیت، اوصاف و آثار آن برای طرفین قرارداد و ... در حد لازم مورد بررسی قرار نگرفته است. در این مقاله، خصوصیات فنی، مشروعیت، ماهیت و آثار حقوقی این اوراق مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.

با وجود تشابه احکام این اوراق با عقد اجاره و امکان تطبیق آن با عقد صلح، ضمن تبیین برخی از وجوه افتراق این اوراق با عقد اجاره- از جمله تمایز در اراده متعاقدين و برخی احکام- و با پذیرش تفاوت بین عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی، در نهایت قرارداد اوراق اجاره به عنوان عقدی جدید و مشروع، با استناد به اصل اباحه عامه و ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی مورد تایید قرار گرفته و آثار حقوقی آن تجزیه و تحلیل گردیده است.

کلید واژه‌ها: اوراق اجاره، صکوک، عقد صلح، عقد اجاره، اصله الاباحه، ماده ۱۰ قانون مدنی.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۵/۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۶/۱۵.

^۱ . نویسنده مسئول.

مقدمه

اگر برخی از کارکردهای حقوق را تنظیم روابط بین انسان‌ها و برقراری عدالت بدانیم، سامان دهی ارتباطات اقتصادی و برقراری عدالت در مسائل و امور اقتصادی نیز از جمله موضوعاتی خواهند بود که در فرآیندی بین رشته‌ای با علوم اقتصادی، مشمول این حوزه علمی قرار می‌گیرد. براین اساس، تعامل حقوق و اقتصاد از اهمیت ویژه‌ای برخوردار خواهد بود. یکی از مباحث اقتصادی در علم حقوق، مباحث مربوط به نهادهای مالی است. این موضوع به دلیل نهمی شارع از انواع خاصی از معاملات - ربوی، غرری، ضرری و ... - در حقوق اسلامی دارای اهمیت قابل توجهی است. این در حالی است که توسعه روزافزون ساختارهای اقتصادی و اقتضائات آن در پیشرفت شتابنده نهادهای مالی، بازارهای مالی اسلامی را نیز بی‌نیصیب نگذارده و با رونق شدید صنعت مالیه و بانکداری اسلامی در سه دهه اخیر، ارتباط ساختاری، سازمانی و نهادی جوامع و کشورهای اسلامی با دنیای اقتصادی غرب روز به روز توسعه یافته است. بدین لحاظ نوآوری‌های مالی اقتصاد مدرن و چگونگی و امکان بهره‌برداری از آن‌ها در نظام مالی اسلامی، همواره در پیش روی اندیشمندان مسلمان بوده و مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. بدین جهت هم اکنون مبحث بررسی و ارزیابی فقهی و حقوقی نهادها و ساختارهای مالی، از موضوعات بدیع در حوزه ارتباط دو علم حقوق و اقتصاد اسلامی به شمار می‌رود.

از جمله مباحث مهم در حقوق مالیه اسلامی، ارزیابی و بررسی مشروعیت و ماهیت محصولات مالی جدید است. این محصولات که با هدف کاهش ریسک، افزایش سودآوری و افزایش سرعت نقدشوندگی طراحی می‌شوند، از ابعاد حقوقی مختلف قابل بحث هستند. یکی از این ابزارها که به عنوان محصول دانش مهندسی اسلامی و با الهام‌گیری از فرآیند تبدیل به اوراق بهادار نمودن دارایی‌ها^۱ در نظام مالی غرب، در سال‌های گذشته معرفی شده و گسترش فراوانی در کشورهای اسلامی و حتی غیر اسلامی یافته است، اوراق صکوک یا اوراق بهادار اسلامی نام دارد.

آنچه در این مقاله می‌آید، تحلیل مشروعیت و ماهیت حقوقی این اوراق است. تا کنون بیش از ۱۴ نوع از اوراق بهادار اسلامی با مشخصات کمابیش متفاوت معرفی شده است. در این مقاله تنها به تحلیل حقوقی اوراق اجاره پرداخته می‌شود.

تحلیل ماهیت حقوقی اوراق اجاره- به عنوان قراردادی بدیع - از آن جهت دارای اهمیت است که فاقد سابقه قبلی در بررسی‌های حقوقی ایران بوده، موضوعاتی از قبیل مشروعیت، ماهیت، اوصاف و آثار آن برای طرفین قرارداد و ... در حد لازم مورد بررسی قرار نگرفته است. این در حالی است که به ابعاد فنی و اقتصادی آن نیز پرداخته شده است. با این حال در برخی مطالعات فقهی، برخی جنبه‌های شرعی این اوراق مورد مطالعه قرار گرفته است.^۱ در این مقاله به منظور رعایت اختصار از ذکر تعریف، ضرورت انتشار، تاریخچه، انواع و خصوصیات فنی و اقتصادی اوراق بهادار اسلامی (صکوک) خودداری نموده از میان انواع اوراق بهادار اسلامی معرفی و منتشر شده، تنها به بررسی ابعاد و الزامات حقوقی اوراق اجاره می‌پردازیم.

الف. اوراق اجاره و فرآیند انتشار آن

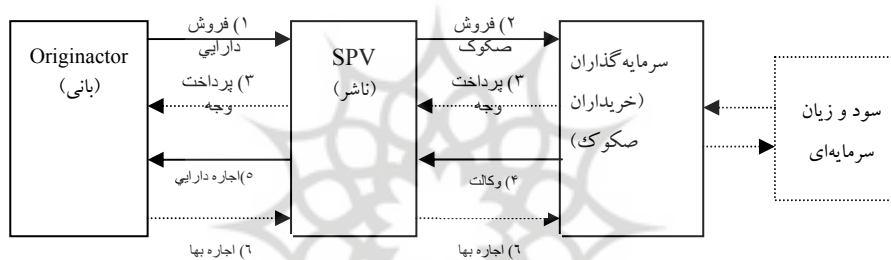
در تعریف حقوقی، اوراق اجاره اوراق بهادار با نام قابل نقل و انتقالی است که به موجب دستورالعمل انتشار اوراق اجاره منتشر می‌شود و هر ورقه آن نشان دهنده مالکیت مشاع دارنده آن در دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره است. (ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره) همان‌گونه که می‌دانیم نامگذاری این اوراق به اوراق اجاره بر اساس عقد اصلی است که تشکیل دهنده بخش اصلی و عمده این قرارداد بوده، پایه قرارداد اوراق را تشکیل می‌دهد و یکی از عقود اسلامی است که از میان عقود معین انتخاب می‌شود. با این وجود، اوراق اجاره نوعی عقد مختلط است؛ بدین معنا که از ترکیب چند عقد مختلف، قراردادی حاصل می‌شود که دارای آثار و احکام عقد مستقل است. لذا برای بررسی ابعاد حقوقی این قرارداد، لازم است

۱. احمد مبلغی (۱۴۲۸ ه.ق) در مقاله‌ای به بررسی فقهی اوراق اجاره پرداخته و در ارتباط با مشروعیت این اوراق، شبیهاتی از جمله تجمع عقود اجاره و وکالت، اجاره مشاع، ورود عقد بیع به عین مستأجره، انعدام منافع در حین عقد اجاره و ... را مورد بررسی فقهی قرار داده است. احمدی حاجی ده آبادی (۱۳۸۶) نیز مطالعاتی فقهی - نظری در خصوص اوراق بهادار اسلامی انجام داده و در آن، به برخی اختلافات شیعه و سنی در این ارتباط - از جمله فروش اوراق در بازار ثانویه تحت عنوان عقود بیع صرف یا فروش دین؛ تضمین سود آتی؛ وجود غرر، ربا، سفته و صوری بودن معامله و ... - پرداخته است. فطرس، سروش، موسویان (۱۳۸۶)، پیراسته و عبدالملکی (Pirasteh&Abdolmaleki, 2007) نیز برخی جنبه‌های فقهی این اوراق را - به صورت عمومی یا در کاربرد خاص - مورد مطالعه قرار داده اند. در بررسی‌های حقوقی حمید طالب زاده در پایان نامه کارشناسی ارشد خود به راهنمایی دکتر عبدی پور در دانشگاه قم (۱۳۸۶) به معرفی این نهاد پرداخته است که با توجه به مصوب نبودن هیچگونه قانون و دستورالعمل مرتبط با اوراق اجاره در آن زمان، به بررسی مبانی حقوقی آن در سیستم قوانین مدون جمهوری اسلامی ایران پرداخته‌اند.

ابتدا اجزای آن مشخص شود و سپس در قالب یک عقد مستقل مورد تجزیه و تحلیل واقع شود.

لازم به ذکر است روش‌های مختلفی برای انتشار اوراق اجاره وجود دارد که هر یک دارای فرآیندهایی خاص است. به منظور بررسی حقوقی این اوراق، در این مطالعه حالتی را تصور می‌کنیم که بانی خود مالک دارایی نیز می‌باشد و عقودی که در تشکیل این قرارداد دخیل هستند را مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می‌دهیم.

اجزای اوراق اجاره در نمودار ذیل نشان داده شده است.



نمودار ۱- فرآیند انتشار اوراق اجاره

همان‌طور که در نمودار فوق قابل مشاهده است برای انتشار اوراق اجاره دو عقد بیع، یک عقد وکالت و یک عقد اجاره صورت می‌گیرد.

- ابتدا بانی - شخص حقوقی که نیازمند نقدینگی است - (پس از طی شرایط شکلی) اقدام به فروش دارایی به واسطه می‌کند.

- واسطه اوراق اجاره را منتشر کرده و در قبال پرداخت آن به سرمایه‌گذاران، از آنها مبالغی دریافت می‌کند.

- در این مرحله، واسطه به وکالت از دارندگان اوراق که مالک دارایی هستند، دارایی را به بانی اجاره می‌دهد و اجاره بها را به سرمایه‌گذاران می‌پردازد.

بدین لحاظ عقودی که قرارداد اوراق اجاره را تشکیل می‌دهند عبارتند از:

الف- عقد بیع: فروش دارایی توسط بانی به ناشر؛

- ب- عقد بیع: فروش اوراق اجاره توسط ناشر به سرمایه گذاران؛
 ج- عقد وکالت: از جانب سرمایه گذاران به ناشر؛
 د- عقد اجاره: اجاره دارایی به بانی توسط ناشر. (Obaidullah, p.163)

ب. شناخت قرارداد اوراق اجاره:

قرارداد اوراق اجاره قراردادی است که به موجب آن دارندگان با خرید اوراق اجاره، ایجاب عام فروش آن را قبول می‌کنند و در مواعد معین مبلغی دریافت می‌دارند. به موجب مواد قانون مدنی و نظرات حقوقدانان، عقود و معاملات به اقسام گوناگونی تقسیم بندی شده اند که ۵ مورد تقسیم بندی موثر در این عقود، ملاک عمل و بررسی در این نوشتار قرار گرفته‌اند.

ابتدا به معرفی هر یک از این مبانی تقسیم می‌پردازیم و سپس قرارداد اوراق اجاره در قالب آن‌ها تحلیل می‌شود.

۱- لزوم قرارداد اوراق اجاره

عقد از نظر دوام به دو نوع لازم و جایز تقسیم شده است (شهیدی، ۱۷؛ و ماده ۱۴۸ قانون مدنی).

دلایلی که برای لازم بودن قرارداد اوراق اجاره بر اساس دستورالعمل انتشار اوراق اجاره می‌توان برشمرد عبارتند از:

اول. مدت معین یکی از ویژگی‌های قرارداد اوراق اجاره است. ماده ۱۶ دستورالعمل فوق مقرر می‌دارد: سررسید اوراق اجاره نمی‌تواند بیش از مدت زمان باقیمانده از عمر اقتصادی دارایی باشد». در ماده ۱۹ نیز به پرداخت مبالغ اجاره بها تا سررسید نهایی اشاره شده که دلیل دیگری بر معین بودن مدت قرارداد است. در ماده ۱۴ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره هم به غیر قابل عزل بودن وکالت تا سررسید و تسویه نهایی اوراق اجاره اشاره شده است. لازم است یادآور شویم مدت قرارداد اجاره به سبب آن‌که عمر اقتصادی دارایی بسته به مورد متفاوت است، در دستورالعمل ذکر نشده و به متن قرارداد اوراق اجاره واگذار شده است. اگر قرارداد اوراق اجاره جایز بود، نیازی به تعیین مدت نداشت و می‌شد هر زمانی آن را فسخ کرد.

دوم. در دستورالعمل مربوط به انتشار اوراق اجاره هیچ گونه مقرراتی جهت امکان انحلال رابطه حقوقی ناشر و دارندگان اوراق اجاره وجود ندارد و حتی در ماده ۱۵ دستورالعمل انتشار

اوراق اجاره آمده است: «دارندگان اوراق اجاره نمی‌توانند تقاضای تقسیم دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره را بنمایند.» این ماده اشاره به عدم امکان انحلال قرارداد اوراق اجاره در طول مدت تعیین شده در قرارداد دارد؛ زیرا در پایان مدت قرارداد، دارایی طبق مقررات از مالکیت دارندگان اوراق خارج شده، به خریدار یا بانی، حسب مورد منتقل می‌شود. اگر این ماده در ارتباط با زمان پایان قرارداد تحلیل شود، حاوی معنای مفیدی نخواهد بود. این امر دلیل دیگری بر لزوم قرارداد اوراق اجاره است.

سوم. ماده دیگری که می‌توان لزوم قرارداد اوراق اجاره را از آن برداشت نمود، ماده ۱۴ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره است: «تملیک اوراق اجاره به منزله قبول وکالت ناشر بوده و وکالت ناشر تا سررسید و تسویه نهایی اوراق اجاره، غیر قابل عزل، نافذ و معتبر است.» عبارت «تملیک اوراق اجاره» در این ماده، ناظر به خرید اوراق اجاره از جانب سرمایه‌گذاران است که به منزله قبول برای ایجاب عام صادر شده در زمان انتشار اوراق می‌باشد. با قبول، توافق اراده‌ها صورت پذیرفته و قرارداد اوراق اجاره منعقد می‌شود. تنها در صورتی که این قرارداد را لازم بدانیم می‌توانیم وکالت ناشر را که عقدی جایز است، ضمن آن برده و نیروی الزام آوری به آن اعطا نماییم.^۱ چه اگر قرارداد اوراق اجاره جایز باشد، حتی شرط لازم بودن وکالت در ضمن آن، اثر لزوم به شرط نمی‌دهد. جواز و لزوم حکم قانونگذار است و توافق بر خلاف آن امکان ندارد. بنابراین به نظر می‌رسد ماده ۱۴ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، تایید دیگری بر لزوم قرارداد اوراق اجاره است.

۲- معوض بودن قرارداد اوراق اجاره

عقد از جهت مورد معامله به عقد معوض و عقد غیر معوض یا مجانی تقسیم می‌شود. بر این مبنا قرارداد اوراق اجاره عقدی معوض است؛ زیرا خریدار اوراق، مبلغ اسمی هر ورقه را می‌پردازد و در مقابل، مالک سهم مشاعی از دارایی مبنای انتشار اوراق و اجاره بهای حاصل از اجاره دادن همین سهم مشاع دارایی می‌شود.

۳- تملیکی بودن قرارداد اوراق اجاره

عقود به اعتبار اثر آن به دو دسته عهدی و تملیکی تقسیم می‌شوند. تملیک سهم مشاع دارایی و منافع و اجاره بهای آن، در مقابل پرداخت مبلغ اسمی اوراق اجاره، نشان از تملیکی

۱. ماده ۶۷۹ قانون مدنی: موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر این‌که وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

بودن قرارداد اوراق اجاره دارد.

۴- تشریفاتى بودن قرارداد اوراق اجاره

عقد از نظر شیوه تشکیل آن به دو دسته عقد رضایی و عقد تشریفاتى تقسیم می‌شود. قرارداد اوراق اجاره برخلاف اصل رضایی بودن منعقد می‌شود؛ زیرا انعقاد آن منوط به پر کردن فرم خرید اوراق اجاره است که توسط عامل فروش (بانک‌ها، موسسات مالی اعتباری و ...) ارائه می‌شود. چنان که در شرایط اختصاصی اوراق اجاره آمده این اوراق باید به صورت با نام صادر شوند؛ از این رو نمی‌توان تشریفات این قرارداد را از شروط صحت آن ندانست. بنابراین قرارداد اوراق اجاره عقدی تشریفاتى است.

۵- معین بودن قرارداد اوراق اجاره

عقود به طور کلی به دو دسته معین و غیر معین تقسیم می‌شوند. قرارداد اوراق اجاره بر اساس تحلیل آن بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی عقدی نامعین و با توجه به تحلیل آن بر اساس عقد صلح یا اجاره و با عنایت به دستورالعمل انتشار اوراق اجاره (مصوب ۸۹) که نام و شرایط و احکام قرارداد اوراق اجاره را مقرر کرده است، عقدی معین است.

ج. مقایسه عقد بیع و قرارداد اوراق اجاره

چنان‌که گذشت، قرارداد اوراق اجاره عقدی لازم، معوض، تملیکی و معین است. قرارداد بیع نیز دارای چنین ویژگی‌هایی است.

با وجود این، قرارداد اوراق اجاره عقدی تشریفاتى است و با توجه به این ویژگی از قرارداد بیع فاصله می‌گیرد؛ زیرا هرچند برخی از مصادیق عقد بیع تشریفاتى است، اما تشریفاتى بودن ویژگی این عقد تلقی نمی‌شود.

به علاوه، یکی دیگر از ملاک‌های تشخیص عقود از یکدیگر شناخت مقتضای ذات آن- هاست. با شناخت مقتضای ذات هر عقد می‌توان عقود را از یکدیگر بازشناخت و از اختلاط عقود و سردرگمی حاصل از آن دوری جست. مقتضای ذات عقد بیع تملیک عین است، در حالی که مقتضای ذات قرارداد اوراق اجاره، تملیک منافع حصه مشاع دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره است. بنابراین، مقتضای ذات این دو عقد نیز با یکدیگر انطباق نداشته و نمی‌توان قرارداد اوراق اجاره را در قالب عقد بیع توجیه نمود.

د. مقایسه عقد وکالت و قرارداد اوراق اجاره

عقد وکالت عقدی جایز، غیر معوض، عهدی، رضایی و معین است. با توجه به اینکه قرارداد اوراق اجاره لازم، معوض، تملیکی، تشریفاتی و معین است، این دو قرارداد دارای وجوه افتراق از جهات مزبورند.

همچنین، مقتضای ذات وکالت تفویض اختیار و نمایندگی و اعطای نیابت جهت انجام امور مربوط به موکل توسط وکیل است. به همین دلیل تمام آثار اعمال وکیل متوجه موکل است و وکیل در سود و زیان اعمال خویش دخیل نیست. در حالی که مقتضای ذات قرارداد اوراق اجاره، تملیک منافع حصه مشاع دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره باشد. چنان که ملاحظه می شود مقتضای ذات این دو عقد نیز با یکدیگر انطباق نداشته و نمی توان قرارداد اوراق اجاره را در قالب عقد وکالت توجیه نمود.

به علاوه در بند او ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، بحث تضمین مبالغ اجاره بها و حسب مورد بهای خرید دارایی مورد اجاره مطرح شده است و این مطلب نشان از ماهیتی غیر از وکالت برای اوراق مشارکت دارد؛ زیرا در هیچ یک از متون حقوقی بحث تضمین در مورد عقد وکالت مطرح نشده است. در واقع تعهد وکیل تعهد به وسیله است که با تضمین سازگار نیست.

ه. مقایسه عقد اجاره و قرارداد اوراق اجاره

عقد اجاره عقدی لازم، معوض، تملیکی، رضایی و معین است. در حالی که قرارداد اوراق اجاره عقدی لازم، معوض، تملیکی، تشریفاتی و معین است.

به سبب تفاوتی که در خصوص رضایی و تشریفاتی بودن، میان عقد اجاره و قرارداد اوراق اجاره وجود دارد، این دو قرارداد از هم فاصله می گیرند. با وجود این، مقتضای ذات هر دو عقد تملیک منافع مورد اجاره است و از این جهت دو عقد مزبور قابل انطباق بر یکدیگرند. در مبحث بعدی این موضع با دقت بیشتری تحلیل خواهد شد.

و. تحلیل مشروعیت و جواز انتشار اوراق اجاره

پس از مقایسه قرارداد اوراق اجاره با عقود مانند بیع، وکالت و اجاره شایسته است که مشروعیت و جواز انتشار اوراق اجاره در قالب عقد اجاره، صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی

تحلیل و بررسی شود.

۱- تحلیل مشروعیت اوراق اجاره در قالب عقد اجاره

در تحلیل مشروعیت این اوراق، سه رویکرد قابل طرح است. رویکرد اول، لحاظ این قرارداد به عنوان عقد اجاره مشروط است. در این رویکرد، عقد اجاره به عنوان مبنای این قرارداد در نظر گرفته می‌شود و سایر آثار و نتایج، در چارچوب شروط ضمن این عقد لحاظ می‌شوند.

در رویکرد دوم، قرارداد اوراق اجاره به عنوان عقدی جدید، در چارچوب عقد صلح مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. در این رویکرد، اطراف قرارداد-بانی، ناشر، خریدار اوراق و...- وارد معامله‌ای با فرآیندها، ماهیت، اوصاف و آثار خاص می‌شوند که قبلاً سابقه نداشته است، اما به لحاظ تطابق با عمومات عقد صلح و عدم تعارض با خطوط محدود کننده آن، دارای مشروعیت است. در رویکرد سوم، با بررسی این قرارداد براساس قاعده اباحه عامه و ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی، مشروعیت اوراق اجاره به عنوان عقدی جدید مورد تایید قرار می‌گیرد. در ادامه، به بحث و بررسی هر یک از سه رویکرد مذکور می‌پردازیم.

آنچه در جریان قرارداد اوراق اجاره اتفاق می‌افتد این است که سرمایه گذاران (که موجر خواهند بود) با خرید اوراق اجاره و پرداخت مبالغی در ازای هر سهم، به ناشر وکالت می‌دهند ضمن تهیه دارایی (خرید از بانی یا هر شخص دیگری) آن را طی عقدی به اجاره مستأجر (بانی که مایل به بهره‌مندی از منفعت این ملک است) درآورد. ناشر پس از دریافت اجاره بها از مستأجر، آن را با کسر حق الوکاله خود به نسبت سهم هر یک از سرمایه گذاران (موجرها) تقسیم می‌نماید. اجاره عین مذکور، (فعلاً و به موجب دستورالعمل انتشار اوراق اجاره مصوب ۸۹ که در حال حاضر حاکم است) می‌تواند با شرط تملیک آن به مستأجر طی مدت زمان مشخص باشد و یا با شرط اختیار فروش دارایی به بانی در سررسید با قیمت معین.

در این عملیات، سه طرف حضور خواهند داشت: اول. سرمایه گذاران (به عنوان موجر)، دوم. ناشر (به عنوان واسطه و وکیل) و سوم. مستأجر.

لذا در این رویکرد، قرارداد اوراق اجاره، حول محور عقد اجاره‌ای صورت می‌گیرد که بین سرمایه گذاران (موجرها) و مستأجر منعقد می‌گردد، با این توضیح که ناشر به عنوان وکیل موجرها، اقدام به انجام سرمایه گذاری و عقد قرارداد اجاره می‌نماید.

در تحلیل مشروعیت این اوراق، با رویکرد فوق الذکر، برخی ایرادات فقهی - به شرح ذیل - قابل طرح هستند که به بررسی آنها می پردازیم:

اول. مجاز بودن ترکیب اجاره با سایر عقود:

در رویکرد فوق، عقد اجاره با عقودی از جمله وکالت و بیع ترکیب شده است. پرسشی که مطرح می شود، جواز شرعی این نوع از ترکیب است.

در پاسخ باید گفت: ترکیب عقود مذکور فاقد مانع شرعی است. برخی از فقیهان از جمله شهید اول و صاحب جواهر، ترکیب عقود را مطلقاً جائز می دانند.^۱ این بدان جهت است که در ترکیب عقود در صورت مذکور، هریک از عقود، ماهیت و حکم شرعی خود را حفظ می کنند. شهید اول در این رابطه می گوید: «لنا: [در ترکیب دو عقد] ان ذلک فی قوه عقدین. فیعطی کل منها حکمه الشرعی» (شهید اول، ۱۳۰).

دوم. مجاز بودن اجاره مشاع

در اوراق اجاره به صورت فوق، آنچه اجاره داده می شود، عینی است که تحت ملکیت مشاع موجرها (خریداران اوراق اجاره) قرار دارد. لذا به لحاظ فقهی، این پرسش مطرح می شود که عین مستأجره، می تواند مشاع باشد؟

در فقه امامیه، اجاره مشاع مجاز دانسته شده است. فقیهانی نظیر شیخ طوسی در کتاب الخلاف (۲۱۴ و ۲۸۲)، شیخ صدوق در المقنع (مروارید، ۲۷۱/۱۷)، صاحب جواهر (نجفی، ۶۵۳/۹)، صاحب عروه (ر.ک: طباطبایی یزدی، ۵۹۹/۲) و صاحب مفتاح الکرامه (حسینی عاملی، ۲۴) به این مطلب تصریح نموده اند. از میان فقهای معاصر نیز می توان به نظر حضرت امام خمینی (ره) اشاره نمود^۲ (مطالعات فقهی). فقهای امامیه به اجماع، تفاوتی بین اجاره دادن مال به شریک یا غیر آن قائل نیستند؛ به خلاف فقهای عامه که اجاره مال مشاع را به غیر شریک جایز نمی دانند. (ر.ک: شهید ثانی، ۱۷۶/۵).

سوم. عدم وجود عین در زمان عقد اجاره

۱. شهید اول در این رابطه می گوید: «يجوز الجمع بين عقدين مختلفين، حکماً، اما في اللزوم و الجواز، ... او في المكايسه و المسامحه، ... او في التشديد و امتناع الخيار و جوازه، ... او في الغرر و عدمه» (شهید اول، ۱۳۰). صاحب جواهر نیز می گوید: «يمكن اجتماع البيع و النكاح و غيرهما من العقود في عقد واحد» (نجفی، ۲۲/۳۱).

۲. «تجوز اجارة المشاع: سواء كان للموَجِر الجزء المشاع من عين فآجره، أو كان مالکاً للکل و آجر جزءاً مشاعاً منه» (خمینی، ۱۳۷۹، ص ۵۵۱).

در فرضی که بانی مالک عین مستأجره نباشد و برای تأمین منابع مالی اقدام به انعقاد قرارداد اوراق اجاره و انتشار این اوراق کرده باشد، قرارداد اجاره در زمانی منعقد می‌شود که عین مستأجره وجود ندارد. اشکال فقهی عدم وجود عین در زمان عقد اجاره، می‌تواند به دو دلیل مطرح شود: اولاً) عدم قدرت بر تسلیم عین و ثانیاً) عدم وجود منفعتی که با عقد اجاره تملیک شده است.

در خصوص مسئله اول (عدم قدرت تسلیم عین)، به اعتقاد بسیاری از فقیهان، آنچه لازم است، قدرت تسلیم عین در زمان شروع اجاره است (حسینی شیرازی، ۵۵/۵۷؛ محقق کرکی، ۱۳۴/۷؛ حسینی عاملی، ۱۳۸) و آنچه می‌بایست در زمان عقد محقق باشد، شأنت تسلیم است (ر.ک: حسینی عاملی، پیشین^۱) که در اوراق اجاره لحاظ شده است. استدلال این دسته از فقیهان در پاسخ به غرر ناشی از جهل - که مخالفان مطرح می‌کنند - عبارتست از این‌که: «الاجارة تتحمل من الغرر ما لا يتحمله البیع». یعنی میزانی از غرر را به اقتضای طولانی بودن و مدت دار بودن عقد اجاره که مستلزم تغییر شرایط است، در اجاره موجه می‌دانند. و در مجموع حدیث «نهی النبی عن بیع الغرر» را مختص عقد بیع می‌دانند و به سایر عقود سرایت نمی‌دهند (طباطبایی حکیم، ۸/۱۲).

در مورد مسئله دوم (عدم وجود منفعت) نیز با توجه به اعتباری بودن تملیک، نیازی به وجود خارجی عین در زمان عقد نیست؛ بلکه وجود تقدیری و اعتباری آن کافیت (مبلغی، ۶۷)^۲ چنان که گفته شده است اجاره زمین برای زراعت در صورتی که امکان اتصال آب به آن نباشد و کشت کردن با نزولات آسمانی به سبب عدم کفایت نزولات مقدور نباشد، صحیح نیست و این می‌تواند تأییدی بر امکان حصول منفعت باشد؛ چرا که نزولات آسمانی در زمان انعقاد اجاره وجود خارجی و عینی نیافته‌اند بلکه عادتاً در طول مدت اجاره نازل می‌شوند و زمین را قابل زراعت می‌کنند (حسینی شیرازی، ۶۸/۵۷).

محقق ثانی^۳ نیز امکان وجود منفعت را برای عین مستأجره کافی دانسته است (محقق کرکی، ۱۳۲/۷). برخی دیگر از فقیهان در خصوص عین گفته‌اند باید به گونه‌ای باشد که امکان

۱. «بدون شک مقدور التسليم بودن عین مستأجره به طور کلی لازم است و در ظاهر اختلافی در آن نیست و عقل و نقل به آن دلالت دارند.»

۲. لازم به ذکر است این مطلب مخالف نظر حضرت امام (ره) در کتاب البیع است. از نظر ایشان، «اجاره، بیع منافع نیست. بلکه مالک غیر را در مقام خودش قرار می‌دهد در منافع. مصداق معلوم است. اما بیع منافع، مثل بیع کلی است که مصداقش را بعداً می‌یابی. اجاره تملیک مصداق است نه تملیک منافع» خمینی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۲.

۳. شیخ علی بن حسین کرکی.

استیفای منفعت مقصوده از آن باشد؛ زیرا ملکیت به منفعتی که قابلیت تحقق خارجی ندارد تعلق نمی‌گیرد. (بروجردی، ۴۸) پس تحقق خارجی منفعت را لازم ندانسته، بلکه قابلیت تحقق خارجی آنرا کافی ارزیابی کرده‌اند.

چهارم . تعلق اجاره به موصوف فی الذمه

همان‌گونه که پیش‌تر نیز گفته شد، در فرآیند عملیاتی اوراق اجاره، عقد اجاره در زمانی منعقد می‌شود که عین مستأجره وجود خارجی ندارد و تنها صفات آن تشریح می‌شود. اما این مسئله، به لحاظ فقهی مشکلی ایجاد نمی‌کند؛ چرا که دلیلی برای منع آن وجود ندارد. در این رابطه شیخ طوسی (ره) اجاره را یا اجاره معین و یا اجاره کلی فی الذمه می‌داند^۱ و محقق ثانی در بحث معلوم بودن منفعت تصریح می‌کنند که اجاره یا اجاره عین است یا کلی فی الذمه (محقق کرکی، ۱۵۶۷). صاحب مفتاح الکرامه ابتدا اجاره عقار را به صورت فی الذمه صحیح نمی‌داند و سپس بحثی در خصوص موجب غرر شدن جهالت مطرح کرده و از سایر فقیهان نقل قول می‌کند. اما در نهایت معتقد می‌شود وصف رافع جهالت کافی است؛ زیرا ملاک رفع غرر است و با وصف رافع جهالت برطرف می‌شود (حسینی عاملی، ۴۴). حضرت امام (ره) نیز در خصوصیات عین مستأجره به کلی بودن آن اشاره می‌فرمایند (خمينی، تحریر، ۵۴۴)^۲. بنابراین، فقیهان امامیه اجاره موصوف فی الذمه را معتبر و صحیح تلقی می‌کنند.

پنجم . عدم اتصال مدت اجاره به زمان عقد

یکی از ایرادات احتمالی فرآیند اوراق اجاره - در رویکرد محوریت عقد اجاره - عدم اتصال مدت اجاره به زمان انعقاد عقد اجاره است. در این رابطه، قول مشهور فقه‌های امامیه، عدم اشکال است. آنچه به تصریح فقیهان برای انعقاد عقد اجاره لازم دانسته شده، معلوم بودن زمان و ذکر آن است. چنان که شیخ طوسی در کتاب *النهاییه* عدم ذکر مدت را موجب بطلان اجاره دانسته‌اند (مروارید، ۲۸۲/۱۷) و هیچ‌گونه تصریحی دال بر لزوم اتصال مدت اجاره به زمان عقد نشده است؛ بلکه تصریح خلاف آن نیز در میان متون فقهی موجود است^۳ (خمينی، تحریر، ۵۴۶/۱). ابن ادریس در السرائر، اجاره را به اعتبار زمان به سه نوع مؤجل، معجل و مطلق تقسیم نموده و در نوع مؤجل تسلیم اجرت را در زمان معین شده لازم دانسته است.

۱. «الاجاره لا تخلوا من احد الامرين، اما ان تكون معينه او في الذمه» (شیخ طوسی، ۱۴۲۴، ص ۲۰۹)

۲. «و اما العین المستأجره؛ فيعتبر فيها امور: ... و منها المعلومیه، فإن كانت عینا خارجیه، فإما بالمشاهده و إما بذكر الاوصاف التي تختلف بها الرغبات في اجارتها و كذا لو كانت غائبه او كانت کلیه»

۳. «لا يشترط اتصال مدة اجاره بالعقد، فلو أجر داره في شهر مستقبل معین صح؛ سواء كانت مستأجره في سابقه أم لا»

(مروارید، ۱۳۳۴/۱۷). برخی نیز با استناد به عموم «اوفوا بالعقود» و اطلاق عقد اجاره، حکم به عدم اشکال کرده و در پاسخ به اشکال مخالفان در خصوص عدم قدرت بر تسلیم، تسلیم را در زمان استحقاق، یعنی زمانی که به موجب عقد، مستأجر مالک منافع می‌شود؛ لازم دانسته‌اند و نه قبل از آن (طباطبایی حکیم، ۶۸/۱۲).

با توجه به مباحث فوق، اوراق اجاره می‌تواند با عقد اجاره تطبیق یابد و مشروعیت پیدا کند. اما با نگاهی دیگر، اوراق اجاره براساس قراردادی صورت می‌گیرد که تطابق کافی با عقد اجاره ندارد و در فرآیند آن، توافقاتی بین اطراف معامله صورت می‌گیرد که مستلزم ماهیتی جدید است. در واقع قرارداد اجاره عقدی بسیط بوده و مقتضای ذات آن تملیک منافع است. در حالی که قرارداد اوراق اجاره عقدی مرکب است که از ترکیب عقد بیع، وکالت و اجاره شکل گرفته است که با توجه به اینکه شارع و قانونگذار نام معینی برای آن مشخص نکرده است می‌توان آن را در قالب عقود نامعین توجیه نمود. توضیح مطلب این‌که در عقدی مانند مضاربه که مرکب از امانت، وکالت و شرکت است مقتضای ذات عقد مشارکت در سود و زیان است. شارع و قانونگذار به جای انتخاب یکی از عقود ترکیب یافته (امانت، وکالت و شرکت) برای ماهیت جدید، نام دیگری به نام مضاربه را انتخاب نموده و ماهیت مستقلی را به نام مضاربه مورد شناسایی قرار داده است. همین تحلیل، در مورد قرارداد اوراق اجاره قابل توجه است. قرارداد اوراق اجاره، عقدی مرکب از بیع، وکالت و اجاره است. هیچ ضرورتی ندارد نام یکی از عقود سه گانه را برای ماهیت جدید برگزید و سایر عقود را به عنوان شرط ضمن آن توجیه نمود؛ بلکه می‌توان عقد مرکب مزبور را نوعی عقد جدید مشمول ادله عام اوفوا بالعقود و مانند آن دانست. به همین دلیل با توجه به برخی تفاوت‌ها بین عقد اجاره و قرارداد اوراق اجاره، از جمله تشریفاتی یا رضایی بودن، مرکب یا بسیط بودن و مانند آن، اعتقاد به ماهیتی مستقل و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی یا عقد صلح قابل توجیه خواهد بود.

۲- تحلیل مشروعیت اوراق اجاره در قالب عقد صلح

با فرض عدم تطابق اوراق اجاره با عقد اجاره و استدلال بر جدید بودن این قرارداد، می‌توان آن را در چارچوب عقد صلح مورد بررسی قرار داد.

در تعریف فقهی، صلح عقدی مشروع، برای قطع تنازع است^۱ (شهید ثانی، ۲۵۹/۵ و

۱. «هو عقد شرع لقطع التنازع».

بحرانی، ۸۳/۲۱) و انعقاد آن مجاز است مگر در شرایطی که موجب حرام شدن حلالی و یا حلال شدن حرامی گردد (بحرانی، ۸۵/۲۱؛ بجنوردی، ۱۰/۵؛ خمینی، تحریر، ۱/۵۳۵؛ علامه حلی، ۱۷/۲؛ طوسی، ۱۴۲۵، ۲۵۸؛ روحانی، ۷۴) و با علم و یا بدون علم طرفین به آنچه مورد منازعه است صحیح می‌باشد و از هر دو جانب، لازم است. صلح تسالم است جهت تملیک عین یا منفعت یا اسقاط دین یا حق و غیر آن، با عوض و یا بدون عوض (خوانساری، ۳۹۲/۳). قانون مدنی نیز در ماده ۷۵۲ در باب صلح می‌گوید: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود.» از دیدگاه حقوقدانان صلح عبارت است از توافق برای ایجاد یا انتفاء یک یا چند اثر حقوقی بدون این‌که بستگی به احکام خاصه عقود معینه داشته باشد. (جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، ۱/۱۳۵)

هر چند براساس تعریف‌ها و توصیف‌های فوق، عقد صلح مفید رفع تنازع است، از نظر فقهای شیعه سبق نزاع و خصومت، شرط لازم برای مشروعیت و جواز آن نیست و در این رابطه، به عموم حدیث نبوی «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحا احل حراما و حرّم حلالا» استناد شده است (خوانساری، ۳۹۲/۳؛ بحرانی، ۸۵/۲۱؛ بجنوردی، ۱۰/۵؛ خمینی، تحریر، ۱/۵۳۵؛ علامه حلی، ۱۷/۲؛ طوسی، ۲۵۸؛ روحانی، ۷۴). به علاوه، عبارت قاطع نزاع و کشمکش به اعتقاد بسیاری از فقیهان تنها بیان‌کننده حکمت تشریح عقد صلح است نه علت آن (بجنوردی، ۱۱/۵ و بحرانی، ۸۵/۲۱) و بر این اساس نمی‌توان عقد صلح را منحصر در مواردی دانست که سابقه اختلاف و خصومت در آن موجود است؛ بلکه عقدی مستقل است که در کنار سایر عقود معتبر است.

برخی حقوقدانان نیز با تقسیم صلح به دو قسم دعوی و بدوی (ابتدایی)، قسم دوم آن را معامله مستقلی دانسته‌اند که مبتنی بر تسالم می‌باشد و در ردیف بیع، هبه و اجاره، یکی از عقود معین است (امامی، ۱/۳۲۰). میان فقیهان امامیه بر سر مستقل یا فرع سایر عقود بودن عقد صلح، در جایی که این عقد نتیجه سایر عقود را دارد، اختلاف نظر است.

شیخ طوسی در کتاب مبسوط صلح را بسته به نتیجه، فرع عقود بیع، اجاره، هبه، عاریه و ابراء می‌داند (طوسی، ۲۵۸) در حالی که بسیاری از فقیهان نتیجه یکسان داشتن را موجب فرع بودن عقد صلح نمی‌دانند و علاوه بر آن ادله صلح را دال بر استقلال این عقد می‌دانند (بحرانی، ۸۶/۲۱؛ خمینی، تحریر، ۱/۵۱۶؛ روحانی، ۷۴).

براساس ماده ۷۵۸ قانون مدنی^۱ نیز، صلح می‌تواند نقش هریک از معاملات اعم از معوض و غیر معوض و معاملات ناقل عین یا منفعت را ایفاء کند، ولی شرایط و احکام مخصوص آن معامله را نخواهد داشت (شهیدی، ۱۳۱). لذا عقد صلح عقدی مستقل است که آثار و احکام خاص خود را دارد.

این مطلب در فقه دارای چنان سابقه و وضوحی است که فقیهان انعقاد قراردادهایی که در فقه فاقد سابقه بوده و در اصطلاح از زمره عقود معین نیستند از طریق عقد صلح مجاز شمرده- اند؛ نظیر قرارداد بیمه که گرچه فاقد سابقه عقود معین در متون فقهی است، در تحلیل فقهای معاصر، علاوه بر عمومات صحت عقود، از طریق عقد صلح نیز قابل توجیه و صحیح دانسته شده است (روحانی، ۷۲؛ خمینی، ۲/ ۵۴۸).

به نظر می‌رسد وضعیت در اوراق اجاره این گونه است که توافقی صورت می‌گیرد و براساس آن، ناشر با انتشار و فروش اوراقی به سرمایه‌گذاران، ضمن تهیه منابع مالی جهت انجام یک طرح اقتصادی و پس از اجرای آن، منافع حاصله را به فروش می‌رساند و منابع حاصل از این فروش را - پس از برخی کسورات که قبلاً مورد توافق قرار گرفته است- در بین دارندگان اوراق مذکور تقسیم می‌نماید. بدین ترتیب:

در فرآیند عملیاتی مربوط به این اوراق، تمامی معاملات، تعهدات، معاوضات و ... با رضایت طرفین معامله صورت می‌گیرد و بدون رضایت، این اقدامات حقوقی بی اعتبار خواهد بود. در این اوراق، تمامی تعهدات و حقوق افراد در گیر- ناشر، بانی، سرمایه‌گذار و ... در قالب قراردادهایی مکتوب مبادله می‌شوند و موضوع آنچه مورد توافق قرار می‌گیرد، به دقت و با جزئیات تشریح می‌شود. با این توصیف هیچ مانعی برای توجیه قرارداد اوراق اجاره در قالب عقد صلح باقی نمی‌ماند و در واقع قرارداد اوراق اجاره توافقی است که مشمول ادله عام و نیز دلیل الصلح جائز قرار می‌گیرد. در واقع همان گونه که می‌توان نتیجه هر عقد معینی را در قالب عقد صلح محقق ساخت می‌توان نتیجه چند عقد معین و مرکب را با انعقاد عقد صلح واحدی به دست آورد. ادله اعتبار عقد صلح چنین تحلیلی را توجیه می‌کنند. با این توجیه نیازی به تحلیل عقد اوراق اجاره در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی نیز باقی نمی‌ماند. هر چند به

۱. ماده ۷۵۸ ق.م. صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله ای را که به حای آن واقع شده است می‌دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری باشد.

اعتقاد برخی حقوقدانان عقد صلح محمل مناسبی برای تحلیل ماهیت حقوقی چنین عقود نامعینی ارزیابی نمی‌شود. (ر.ک: کاتوزیان، ۲، ۳۰۴/۱۳۷۳، ۲)

۳- تحلیل مشروعیت اوراق اجاره، در تطبیق با اصل اباحه عامه و ماده ۱۰ قانون مدنی

مشروعیت اوراق اجاره را با تمسک به اصل اباحه (حاکمیت اراده) و ماده ۱۰ قانون مدنی نیز می‌توان تبیین نمود.

اختلاف نظر بر سر توقیفی بودن یا نبودن عقود، بحثی تاریخی در میان فقهای شیعه است. فقیهان همواره در پی پاسخ این سؤال بوده‌اند که حکم به مشروعیت یک قرارداد نیازمند وجود نص خاص و تصریح شارع است یا قراردادهای عقلایی به طور مطلق مشروع و معتبرند؟ به عبارت دیگر آیا عقود معین که نام آنها در متون فقهی ذکر شده است توقیفی و منحصرند یا می‌توان سایر توافقات عرفی را نیز در زمره عقود و معتبر تلقی نمود؟
 عده کثیری از فقیهان نظر توقیفی بودن عقود را اختیار کرده‌اند و قائل به معتبر بودن قراردادها فقط در قالب عقود معین شده‌اند و به لزوم وجود اذن شارع در عقود استناد کرده‌اند که در عقود غیر معین وجود ندارد^۱ (شهید ثانی، ۷۱/۵؛ حسینی عاملی، ۳۸۶؛ میرزای قمی، ۴۱/۲). ایشان آزادی اراده را به طور مستقل و بدون وجود اذن شارع به رسمیت نمی‌شناختند.

اگرچه فقهای متقدم اصل آزادی اراده به این معنا را به دیده تردید می‌نگریستند، فقهای معاصر به آن متمایل شده و آن را پذیرفته‌اند. به عقیده ایشان، عناوین عقود توقیفی نیست. چون شارع مقدس در معاملات طریقه خاصی را اختراع نکرده و نقش شارع در مورد معاملات، نقش امضایی است. یعنی معاملات رایج بین مردم را امضا نموده است. به بیان دیگر «شرع مقدس در زمینه معاملات حقیقت جدیدی نیاورده، جز امضای آنچه نزد عرف و عقلا متداول می‌باشد و با جمله «اوفوا بالعقود» تمام آنچه که نزد مردم و در عرف بازار رواج دارد را

۱. در این متون، در خصوص بطلان عقد مغارسه آمده است: «ان عقود المعاوضات موقوفة علی اذن شارع و هی منتفیه هنا». صاحب جواهر در این خصوص به اصالة الفساد استناد کرده‌اند: «کانت المغارسة باطلة عندنا، لان الاصل الفساد» (نجفی، ۹۳/۹) و میرزای قمی نوشته‌اند: «اوفوا بالعقود» و امثال آن نیز محمول است بر عقود معهوده در زمان شارع، نه هرچه هر کس خواهد اختراع کند. و آنچه به فهم حقیر رسیده در معنی مثل اوفوا بالعقود و امثال آن، وجوب وفا به مقتضی است. اگر {مقتضی} وجوب و لزوم است، بر سبیل وجوب، مثل بیع و اجاره، وگرنه بر سبیل جواز {مثل} شرکت و مضاربه، نه آن‌که واجب باشد وفا به هر عقدی، الا ما اخرج الدلیل» (میرزای قمی، ۴۱/۲)

مورد امضا قرارداد و بر آن صحه گذارده است» (شریعتی، ۱۳).

۲-۳ - ماده ۱۰ قانون مدنی:

گفته شده است عقود معین در هیچ سیستم حقوقی برای رفع نیازمندی‌های افراد در حقوق خصوصی کافی نیست و ناگزیر باید به طور عام برای هر تراضی، اعتبار قائل شد، مگر آنکه آن تراضی مغایر با قواعد آمره و نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. این اندیشه در ماده ۱۰ قانون مدنی ما منعکس است (جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، ۱/۱۴۴). به موجب این ماده «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». در واقع این ماده قانونی، راه را برای رفع نیازمندی‌های جدید جامعه باز می‌گذارد.

اما با وجود عقد صلح در قانون مدنی، این ماده قانونی چه جایگاهی می‌یابد؟ برخی حقوقدانان معتقدند با وجود عقد صلح و پذیرفته شدن آن در قانون مدنی نیازی به ماده ۱۰ نبوده و عقد صلح ما را از این ماده بی‌نیاز می‌کند؛ زیرا هرچه لازم است در قالب عقد صلح قابل تحقق است و نیازی به تعریف یک ماده جداگانه به منظور سامان دادن به عقود غیر معین نیست. در این خصوص در تعبیری گفته شده است: «با وسعت مدلول مواد ۷۵۲-۷۵۴ قانون مدنی، تراضی که عنوان صلح را نداشته باشد باقی نمی‌ماند تا مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی باشد» (جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، ۱/۱۴۰).

اما مخالفان این نظر معتقدند که نباید چنین پنداشت که در وضع کنونی نیز هیچ فایده‌ای برای ماده ۱۰ در کنار عقد صلح وجود ندارد و این دو نهاد حقوقی تکرار یک قاعده است؛ زیرا عقد صلح عنوانی است که باید به طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود. صلح نیز خود قالبی است که از سوی قانونگذار برای تجلی حاکمیت اراده تاسیس شده است؛ در حالی که مفاد ماده ۱۰ حکایت از لزوم قرارداد خصوصی، قطع نظر از هرگونه لباس و قالب ویژه و با دامنه‌ای گسترده‌تر دارد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۲/۳۰۴ و ۳۰۵). از این‌ها گذشته، ماده ۱۰ قانون مدنی، اصل «اباحه» را در عقود معین نیز اعلام می‌کند و به استناد آن می‌توان همه شرایط و توافقی‌هایی را که مخالفت صریح با قواعد امری ندارد نافذ دانست؛ ولی استناد به اباحه ناشی از صلح، محدود به موردی است که عنوان معامله نیز صلح باشد. ماده ۱۰ قانون مدنی حاکمیت اراده را درون «عقد صلح» نیز تأمین می‌کند و نقشی مانند حدیث «المؤمنون عند شروطهم» در فقه دارد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۲/۳۰۴). به

عبارت دیگر مفاد ماده ۱۰ ق.م. عقد صلح را بیهوده نمی‌کند و عقد صلح نیز باعث بی‌نیازی از استناد به ماده ۱۰ نمی‌شود. (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی، ۳۲). ماده ۱۰، حکایت از لزوم قراردادهای خصوصی، بدون توجه به هرگونه قالب ویژه ای دارد. به عنوان مثال، اگر طرفین قرارداد پس از وقوع عقد، مدت انجام تعهد را کاهش دهند یا بر آن بیافزایند نمی‌توان گفت عقد صلح محقق گردیده است، در حالی که توجیه چنین توافقی با ماده ۱۰ سازگار است (حائری، ۱۱۷).

به نظر می‌رسد هر چند توجیه اول مطابق با قواعد حقوقی و مبانی فقهی است، اما با فرض پذیرش اصل آزادی و حاکمیت اراده - بر مبنای اصل اباحه - و تفاوت ماهوی و عملکردی ماده ۱۰ ق.م با عقد صلح، قرارگرفتن عنوان اوراق اجاره ذیل این ماده قانونی و بررسی مشروعیت و وضعیت حقوقی آن در این حوزه - متمایز از تطبیق آن با سایر عقود، از جمله عقود اجاره و صلح - موضوعیت می‌یابد هر چند پذیرش این سخن نیازمند تأمل است.

به منظور تطبیق اوراق اجاره با این ماده قانونی، لازم است توجه شود که این ماده، الزاماتی را برای قراردادهای جدید در نظر گرفته است که عبارتند از: الف) تراضی، ب) عدم مخالفت تراضی با قواعد امری، ج) عدم مخالفت تراضی با متن صریح قانون و د) عدم مخالفت تراضی با نظم عمومی و اخلاق حسنه.

با در نظر گرفتن فرآیندها در اوراق اجاره، مشهود است که الزامات فوق در مورد این قرارداد جاری است. در ارتباط با تراضی، همان‌گونه که توضیح داده شد، تمامی معاملات و مبادلات، با رضایت مصرح طرفین انجام می‌شود و این قرارداد، با هیچ یک از قواعد امری، متن صریح قانون، نظم عمومی و یا اخلاق حسنه منافات ندارد. به علاوه در پیش‌نویسی که برای این قرارداد تهیه شده آمده است: این قرارداد در چارچوب ماده ۱۰ ق.م. بین طرفین منعقد می‌گردد که مفاد آن تابع مواد این قرارداد بوده و از شمول قوانین مربوط به روابط موجر و مستأجر خارج می‌باشد. لذا با استناد به اصل آزادی و حاکمیت اراده و ماده ۱۰ قانون مدنی، انتشار و فروش اوراق اجاره مشروع و مجاز خواهد بود.

در واقع اراده طرفین قرارداد، بر معاهده‌ای غیر از صلح بر یک حق تعلق می‌گیرد. طرفین قرارداد با تعریف ساز و کاری معین، به دنبال بر طرف نمودن نیازی خاص - تأمین مالی و کسب درآمد - هستند و با قرارداد اوراق اجاره، قالبی جدید برای رفع نیازمندی مورد نظر تعریف می‌نمایند. هرچند در این ساز و کار نیز - همانند تمامی فرآیندهای اقتصادی مشروع -

تسالم و تراضی وجود دارد، اما قصد طرفین قرارداد، چیزی به جز انعقاد عقد صلح است؛ اراده ای که به خوبی در قالب ماده ۱۰ ق.م توجیه می‌یابد.

با توجه به استدلال‌ات مطرح شده در خصوص جدید بودن قرارداد اوراق اجاره و توجیه آن به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، تفاوت‌های این قرارداد با قراردادهای کمابیش مشابه نمایان شد. این قرارداد که حسب نوع آن، دارای آثار تعدادی قرارداد معین - بیع، اجاره، وکالت و ... - است، ماهیتاً به منظور تأمین منابع مالی جهت انجام فعالیت‌های اقتصادی و یا تکمیل و توسعه طرح‌های سرمایه گذاری انجام می‌گیرد و توافقاتی که در خلال عملیات انتشار و فروش این اوراق صورت می‌گیرد و حقوق و تعهداتی که از آن ناشی می‌شود، همگی با جهت‌گیری توسعه فرآیندهای تجهیز و تخصیص منابع مالی صورت می‌پذیرد.

ن. شرایط صحت عقد

برای درستی قرارداد دو دسته شرایط وجود دارد: شرایط عمومی که در هر عقد صرف نظر از نوع آن باید موجود باشد و الا عقد معتبر نخواهد بود و شرایط اختصاصی که در عقود مختلف متفاوت است (شهیدی، ۲۸).

۱- شرایط عمومی

شرایط عمومی این قرارداد، مانند سایر عقود، تابع ماده ۱۹۰ قانون مدنی می‌باشد و عبارتست از: قصد طرفین و رضایت آنها، اهلیت طرفین معامله، موضوع معین که مورد معامله باشد، و مشروعیت جهت معامله در قرارداد اوراق اجاره. توجه به این شرایط را می‌توان در مواد ۱، ۲، ۷ و ۱۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره ملاحظه نمود.

۲- شرایط اختصاصی

قبل از هر چیز لازم است بدانیم اوراق اجاره در بسیاری خصوصیات شبیه سایر اوراق بهادار، نظیر اوراق قرضه و اوراق مشارکت هستند. با توجه به این مطلب و فقدان پیشینه بررسی اوراق اجاره در نوشته‌های حقوقی، لازم است از قاعده وحدت ملاک استفاده نموده و شرایط اختصاصی این اوراق را استخراج و بررسی نمود.

۱- ۲- بهادار بودن اوراق اجاره

در ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره به بهادار بودن این اوراق تصریح شده است:

اوراق اجاره اوراق بهادار^۱ قابل نقل و انتقالی است که به موجب این دستورالعمل منتشر می‌شود.

۱-۱-۲- معنای اوراق بهادار

برابر بند ۲۴ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار مصوب آذر ۱۳۸۴ «اوراق بهادار هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن باشد و «شورای عالی بورس و اوراق بهادار»^۲ اوراق بهادار قابل معامله را تعیین و اعلام خواهد کرد.» برخی حقوقدانان اوراق بهادار را اوراقی دانسته‌اند که نماینده مشارکت در موسسه یا قرضه طویل‌مدتی بوده و قابل معامله می‌باشند. این اوراق که اغلب در بورس نیز معامله می‌شوند اوراق بورسی (Tites de Bourse) نیز نامیده می‌شوند. (ستوده تهرانی، ۱۳۸۲، ۲۰۷/۳)

۲-۱-۲- مصادیق اوراق بهادار

برخی قوانین مرتبط با اوراق بهادار، در مقام احصاء اوراق بهادار برآمده‌اند و یا در تعاریف خود از بهادار بودن اوراق موضوع خود یاد کرده‌اند. بر این اساس برخی مصادیق اوراق بهادار عبارتند از:

اوراق قرضه (به موجب ماده ۲ قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه و ماده ۵۲ ل.ا.ق.ت.)، اوراق مشارکت (به موجب ماده ۱ ق. نحوه انتشار اوراق مشارکت و آیین نامه اجرایی آن، ماده ۲ قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه)، سهام (بند ۲ ماده ۱ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵ در مقام احصاء اوراق بهادار به سهام نیز اشاره دارد. از ماده ۲۴ ل.ا.ق.ت. و برخی مواد بعد از آن نیز می‌توان بهادار بودن سهام را استنباط کرد)، گواهی سرمایه گذاری (طبق بند الف ماده ۱ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید در راستای تسهیل اجرای سیاستهای کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی)، اوراق اجاره (برابر بند الف ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره).

۳-۱-۲- آثار بهادار بودن

۱. اول- اوراق بهادار قابل نقل و انتقال هستند.

علاوه بر بند ۲ ماده ۱ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار، در ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، قابلیت نقل و انتقال این اوراق مورد تصریح قرار گرفته است. این بدین معناست

1. Valuers mobiliers

۱. براساس ماده ۳ همین قانون، «شورا» بالاترین رکن بازار اوراق بهادار است که تصویب سیاست‌های کلان آن بازار را برعهده دارد.

که اوراق بهادار پس از صدور تنها برای طرفین دارای اعتبار و ارزش نیستند؛ بلکه به خودی خود دارای بها می‌باشند و امکان نقل و انتقال آن به ثالث وجود دارد. به علاوه نشان دهنده این مطلب است که شخصیت طرفین علت عمده در صدور اوراق بهادار نیست که قابل نقل و انتقال به سایرین نباشد.

در ماده ۲۴ لایحه اصلاح قانون تجارت نیز در خصوص ورقه سهم آمده است: ورقه سهم سند قابل معامله‌ای است که نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد. ۲. دوم - اوراق بهادار دارای نرخ هستند.

آنچه از عبارت بند ۲ ماده ۱ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار - «قابل معامله بودن» - به ذهن می‌آید، نرخ داشتن است. لازمه هر نقل و انتقالی وجود نرخ است و نقل و انتقال و معامله بدون نرخ معنا ندارد.

ماده ۲۴ ل.ا.ق.ت از میزان مشارکت و تعهدات که نشان از تعهدات مالی صاحب سهام دارد یاد می‌کند و در کنار این موضوع در ذیل ماده از قابلیت معامله سهام سخن به میان آورده است که مؤید هر دو ویژگی نرخ دار بودن و قابلیت نقل و انتقال اوراق بهادار است. در مواد ۲۹-۳۰ و ۳۲ و مواد بعدی به طور ضمنی یا با صراحت نرخ دار بودن اوراق سهام بیان شده و در مواد ۳۹، ۴۰ و ۴۱ به مسئله سهولت در نقل و انتقال سهام اشاره شده است. (مؤمن، ۵۵)

۲-۲- مدت دار بودن اوراق اجاره

۲-۲-۱- تعریف مدت دار بودن

در کتب حقوق تجارت تعریفی از مدت دار بودن اوراق بهادار ارائه نشده است. به نظر می‌رسد منظور از مدت، زمانی است که اوراق بهادار در طول آن دارای اعتبار می‌باشند و همچنین مواعیدی که در آن برخی پرداخت‌های مندرج در قرارداد باید صورت پذیرد.

در خصوص مدت دار بودن اوراق قرضه در مواد ۵۲ و ۵۸ ق.ت. و در ارتباط با اوراق مشارکت در ماده ۲ ق.ن.ا.م. مطالبی ذکر شده است.

مدت دار بودن اوراق تأثیری در پرداخت‌ها ندارد؛ چرا که پرداخت‌ها در حقیقت اجاره بهایی هستند که بانی در قبال اجاره‌داری می‌پردازد. در حقیقت تعیین مدت در عقد اجاره - که عقد اصلی تشکیل دهنده این قرارداد است - نقش اساسی دارد و اصلی‌ترین دلیل برای لزوم ذکر آن است.

در دستورالعمل انتشار اوراق اجاره در سه مبحث سخن از مدت زمان به میان آمده است:

اول- مدت قرارداد (عمر اقتصادی): در بند ط ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، در تعریف عمر اقتصادی آمده است: مدت زمانی است که انتظار می‌رود یک دارایی از لحاظ اقتصادی توسط یک یا چند کاربر قابل استفاده باشد یا تعداد تولید یا واحدهای مشابهی که انتظار می‌رود در فرآیند استفاده از دارایی توسط یک یا چند استفاده کننده کسب شود. این مطلب در تبصره ۳ ماده ۱۱ تکمیل شده و مسئولیت تعیین ارزش دارایی و عمر اقتصادی به کارشناس یا کارشناسان منتخب کانون کارشناسان رسمی دادگستری واگذار شده است.

پس از آن در ماده ۱۶ همین دستورالعمل مقرر شده است «سررسید اوراق اجاره نمی‌تواند بیش از مدت زمان باقیمانده از عمر اقتصادی دارایی باشد». لازم به ذکر است این ماده به طور ضمنی بر شرط معلوم بودن مدت اجاره که از شرایط عقد اجاره است، دلالت دارد.

دوم- مدت شرکت: برابر بند ۲ قسمت الف ماده ۲ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره «مجموع جریان نقدی حاصل از عملیات بانسی در دو سال مالی اخیر باید مثبت باشد». همچنین صورت‌های مالی حسابرسی شده دو سال مالی اخیر بانسی از موارد مذکور در بیانیه ثبت اوراق اجاره می‌باشند (بند ۲ ماده ۲۰ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره). این مطلب نشان دهنده این است که حداقل دو سال باید از زمان تأسیس شرکت گذشته باشد.

سوم- مواعد پرداخت: مواعد پرداخت منافع مرتبط با اوراق اجاره، با تقاضای بانسی باید در اعلامیه پذیره نویسی ذکر گردد (ماده ۱۸ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره). ماده ۱۹ و تبصره آن نیز به مواعد پرداخت اجاره بها تا سررسید نهایی اشاره دارند).

۳-۲- تضمینی بودن اوراق اجاره

۱-۳-۲- تعریف ضمانت

در معنای ضمانت گفته‌اند: در معنی تعهد استعمال می‌شود مانند ضمانت نامه بانکی، ضمانت نامه محضری، ضمانت ثنی یعنی کفالت، ضمانت بدهی (= عقد ضمان). (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی، ۳/ش ۹۰۴۵) همچنین برخی حقوقدانان در بحث برات درباره ضمانت گفته‌اند: «ضمانت عبارتست از تعهد شخص ثالثی به این که یک یا چند نفر از مسئولان برات (برات دهنده، براتگیر، ظهرنویس) در سررسید، وجه برات را پرداخت خواهند کرد. کسی که چنین تعهدی می‌کند «ضامن» نامیده می‌شود و به شخصی که ضامن از او ضمانت کرده است «مضمون عنه» می‌گویند. (اسکینی، ۱۰۸) پیرامون تضمین اوراق قرضه در

مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ ق.ت و در خصوص تضمین اوراق مشارکت در ماده ۳ ق.ن.ا.م سخن به میان آمده است.

۲-۳-۲- ضامن و شرایط وی در قرارداد اوراق اجاره

در دستورالعمل انتشار اوراق اجاره در بند و او ماده ۱ در خصوص ضامن آمده است «شخص حقوقی است که پرداخت مبالغ اجاره بها و حسب مورد بهای خرید دارایی مورد اجاره توسط بانی به نهاد واسط را تضمین می نماید».

۳. تعهدات ضامن بر اساس این ماده عبارتست از: ضمانت پرداخت مبالغ اجاره بها توسط بانی به نهاد واسط و ضمانت پرداخت بهای خرید دارایی مورد اجاره توسط بانی به نهاد واسط.

در نظر گرفتن این دو تعهد برای ضامن به سبب آن است که انواع قراردادهای اجاره مورد قبول در انتشار اوراق اجاره که ضمن این قانون پذیرفته شده اند منحصر به دو مورد «اجاره به شرط تملیک» و «اجاره با اختیار فروش^۱ دارایی در سررسید اجاره با قیمت معین» می باشد (ماده ۱۳ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره).

بموجب ماده ۵ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، بانی موظف به معرفی ضامن است و این معرفی الزامی است.

در تبصره ۱ همین ماده آمده است که ضامن باید مستقل از بانی بوده و استقلال آن توسط حسابرس بانی تایید گردد.

علت انتخاب حسابرس بانی به عنوان مرجع ذیصلاح برای نظارت بر بانی در این خصوص و تشخیص و اعلام استقلال ضامن از بانی این است که به موجب ماده ۶ همین دستورالعمل حسابرس بانی در زمان ارائه طرح تأمین مالی از طریق انتشار اوراق اجاره و آخرین سال مالی ماقبل آن، باید از میان مؤسسات حسابرسی معتمد سازمان انتخاب شده باشد. این مطلب بدین معناست که حسابرس بانی مورد اعتماد سازمان بورس و اوراق بهادار کشور است و چون از میان مؤسسات حسابرسی معتمد سازمان انتخاب شده مانند نماینده سازمان در امور مربوط به حسابرسی عمل می کند. لذا احتمال تبانی وی با بانی بسیار کم است. قسمت اول بند و او ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره ضامن را شخص حقوقی معرفی می کند. بنابراین بانی تنها می تواند از میان اشخاص حقوقی دست به انتخاب ضامن

۱. قرارداد Option.

بزند.

قانونگذار فقط به شخصیت حقوقی داشتن ضامن در قرارداد اوراق اجاره اکتفا نکرده است و به موجب ماده ۵ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، مقرر داشته است که ضامن باید صرفاً از میان نهادهای زیر تعیین شود:

- (۱) بانکها
- (۲) مؤسسات مالی و اعتباری تحت نظارت بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران؛
- (۳) بیمه‌ها
- (۴) شرکتهای تأمین سرمایه
- (۵) شرکتهای سرمایه گذاری
- (۶) نهادهای عمومی مورد تأیید سازمان.

۴. ۲-۳-۳- استثنائات لزوم معرفی کردن ضامن:

بانی در صورت حصول این شرایط از معرفی ضامن معاف است:

در صورتی که قبل از دریافت مجوز انتشار و به شرط فعالیت مؤسسات رتبه‌بندی^۱ مجاز اقدام به دریافت رتبه اعتباری کرده باشد (تبصره ۲ ماده ۵ و ماده ۲۳ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره)؛

در صورتی که اوراق اجاره به حکم قانون صادر شده باشند (تبصره ماده ۲۳ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره)؛

در صورتی که اوراق اجاره توسط نهادهای عمومی یا دولتی (مذکور در بند ب ماده ۲ همین دستورالعمل) منتشر شده باشند (تبصره ماده ۲۳ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره).

۴-۲- بانام بودن اوراق اجاره

در تعریف حقوقدانان سهم با نام سهمی است که به شخص معین تعلق دارد و نام او روی ورقه سهم یا در دفتر سهام شرکت ثبت شده است. بنابراین ممکن است در روی ورقه سهم نام شخص معینی ذکر شود یا این که فقط به ذکر کلمه سهم با نام اکتفا شود. (ستوده تهرانی، ۶۵/۲). سهم بی نام هم سهمی است که روی آن نام صاحب آن ذکر نمی‌گردد و بدون هیچ گونه تشریفاتی قابل انتقال است. (همان، ۶۷) در مواد ۴۳ تا ۵۰ ل.ا.ق.ت. از سهام بانام و بی

۱. منظور از رتبه بندی اعتباری چیست؟ رتبه بندی اعتباری مقوله ای است که به وسیله مؤسسات معتبر ارزیابی کننده با هدف تعیین میزان ریسک برای سرمایه گذاران علاقه‌مند ارائه می‌شود. به عبارت دیگر، این رتبه بندی به منظور اطمینان سرمایه گذاران به مشارکت در سرمایه گذاری در بانکها و اوراق بهادار صادره توسط شرکتها صورت می‌پذیرد.

نام و در بند ۲ ماده ۱ آیین نامه قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت به اوراق مشارکت بانام و بی نام اشاره شده است.

ورقه بی نام به صرف قبض و اقباض منتقل می شود. (ماده ۲۴ ق.ت.) در حالی که در مورد ورقه با نام علاوه بر توافق طرفین بایستی شرایط شکلی انتقال یعنی ثبت در دفتر ثبت اوراق نیز صورت گیرد. (ماده ۲۹ ل.ا.ق.ت.)

ایراد و محدودیتی که در خصوص ورقه با نام به ذهن می رسد محدودیت نقل و انتقال آن به واسطه وجود تشریفات، یعنی لزوم ثبت در دفتر ثبت اوراق می باشد. در حالی که اوراق بی نام بیشتر در جهت اصول حاکم بر حقوق تجارت یعنی اصل سرعت و اصل گردش ثروت و منطبق با آنند.

از سوی دیگر اگر سند یا ورقه بهادار بی نام به طریقی (سرقت، مفقودی و غیره) از دسترس دارنده آن خارج شود، امکان سوء استفاده از آن برای کسی که آن را تحصیل نامشروع کرده، فراهم است. (مؤمن، ۱۳۸۰، ۵)

به موجب بند الف ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، اوراق اجاره اوراق با نام است. در این دستورالعمل هیچ مطلب دیگری در خصوص آثار بانام بودن این اوراق ذکر نشده است. لذا به نظر می رسد باید در این زمینه، این اوراق را مشمول مقررات قانون تجارت دانست.

جمع بندی و نتیجه گیری

در آنچه گذشت پس از معرفی خصوصیات فنی، مالی و اقتصادی اوراق اجاره، به شبهه ای در ارتباط با اثرات بحران زای توسعه بخش اسمی در اقتصاد و نقش اوراق بهادار اسلامی در این خصوص پاسخ داده شد. در ادامه، مشروعیت این اوراق مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفت. به منظور نشان دادن مشروعیت انتشار و مبادله این اوراق، به تطبیق آن با عقود اجاره و صلح و بررسی آن براساس اصل آزادی و حاکمیت اراده و ماده ۱۰ قانون مدنی پرداخته شد و گفته شد قرار گرفتن این قرارداد ذیل هرکدام از سه عنوان مذکور، موجب مشروعیت آن خواهد بود. در این بررسی، ضمن تبیین برخی وجوه افتراق این قرارداد با عقد اجاره این نتیجه حاصل شد که اوراق اجاره به عنوان قراردادی غیرمعین و جدید، می بایست ذیل عنوان عقد صلح و یا ماده ۱۰ ق.م. مورد تحلیل قرار گیرد. در ادامه، با وجود عدم بروز تفاوت آشکار در تحلیل وضعیت حقوقی این اوراق، به لحاظ تطبیق با عقد صلح یا ماده ۱۰ ق.م، با استدلال بر الف)

احتمال اشتراط نزاع و خصومت بر عقد و احتمال اشتراط حق بر عقد در خصوص عقد صلح، (ب) الزامات محدودکننده عقد صلح به عنوان عقدی معین و ج) عدم تطبیق امکان جایز بودن این قرارداد با لزوم عقد صلح (موسع تر بودن مجال تعریف و تغییر شرایط، اوصاف و آثار قراردادها تحت ماده ۱۰ ق.م)، انطباق اوراق اجاره با این ماده قانونی تبیین گردید. سپس شرایط عمومی و اختصاصی این اوراق به اختصار مورد بررسی قرار گرفت.

باید توجه داشت که آنچه در این مقاله آمد، نگاهی اولیه به ماهیت و وضعیت حقوقی ابزار مالی جدیدی به نام اوراق اجاره بود. اما با توجه به اولاً رشد شتابان ابزارهای مالی اسلامی و به خصوص انواع اوراق بهادار اسلامی، در بازارهای مالی کشورهای اسلامی و حتی غیر اسلامی و اقبال شدید جوامع و سرمایه گذاران اسلامی به این نهاد جدید و ثانیاً اهمیت تشریح ابعاد فقهی و حقوقی این ابزار و سایر ابزارهای مالی مشابه (سایر انواع اوراق بهادار اسلامی) - به خصوص در تطبیق با فقه شیعه و در چارچوب حقوق کشورهای همجونی ایران، که در سرآغاز این مسیر قرار دارد - لازم است بررسی‌ها و تحلیل‌های عمیق‌تر و دامنه‌دارتری در این حوزه انجام شود. علی‌رغم بحث‌های مطرح شده در این مجال کوتاه، بحث‌هایی از جمله امکان تطبیق این اوراق با عقد اجاره همراه با شرایط ضمنی، می‌تواند همچنان محل بحث و اظهار نظر باشد.

منابع

- احمدی حاجی آبادی، سید روح ا...، «بررسی فقهی - نظری اوراق بهادار اسلامی (صکوک)»، نشریه راهبرد یاس، شماره ۱۲، تهران، ۱۳۸۶.
- اسکینی، ربیعا، *اسناد تجاری (برات، سفته، چک)*، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۳.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، کتابفروشی اسلامیة تهران، ۱۳۷۹.
- بجنوردی، میرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، مکتبه بصیرتی، قم، ۱۳۷۷.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.
- برامکی، حجت الله، *پدیدارشناسی بحران مالی*، طرح پژوهشی باعنوان بحران مالی سال ۲۰۰۸؛ ریشه - ها، پیامدها و راهکارها، معاونت امور اقتصادی وزارت امور اقتصادی و دارایی و دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ۱۳۸۸، صص ۲۵۹ - ۲۷۶.

- بروجردی، شیخ مرتضی، *مستند العروه الوثقی* (سید ابوالقاسم خویی)، دارالعلم، قم، ۱۴۰۰ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق مدنی*، انتشارات حقوقی ابن سینا، تهران، ۱۳۴۹.
- _____، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ اول، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- حائری، مسعود، *تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی «اصل آزادی قراردادها»*، چاپ اول، موسسه کیهان، تهران، ۱۳۷۰.
- حسینی شیرازی، سید محمد، *الفقه - موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی*، الطبعة الثانية، دارالعلوم، لبنان، ۱۴۰۹ق.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد، *مفتاح الکرامه*، دارالتراث، بیروت، ۱۴۱۸ق.
- خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، *کتاب البیع*، طبعه الاولى، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۴۲۱ق.
- _____، *تحریر الوسيله*، ج ۲، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷ق.
- _____، *تحریر الوسيله*، ج ۱، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۳۷۹.
- خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، طبعه الثانية، موسسه اسماعیلیان قم، ۱۴۰۵ق.
- درخشان، مسعود، *ماهیت و علل بحران مالی ۲۰۰۸ و تاثیر آن بر اقتصاد ایران*، پژوهشکده تحقیقات استراتژیک، تهران، ۱۳۸۷.
- روحانی، سید محمد صادق، *المسائل المستحدثه*، دارالزهرا (س)، بیروت، ۱۳۹۳ق.
- ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، ج ۳، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۸۲.
- _____، *حقوق تجارت*، ج ۲، چاپ هشتم، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۸۶.
- سعیدی، علی، *اقدامات دولت آمریکا برای مهار بحران مالی در سال ۲۰۰۸*، طرح پژوهشی باعنوان بحران مالی سال ۲۰۰۸؛ ریشه‌ها، پیامدها و راهکارها، معاونت امور اقتصادی وزارت امور اقتصادی و دارایی و دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ۱۳۸۸، صص ۲۳۹-۲۵۷.
- شریعتی، سعید، «بیع زمانی یا مالکیت زمان بندی شده»، *ماهنامه قضاوت*، شماره ۴۴، سال ششم، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۶.
- شهید اول، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه*، القسم الثاني، مکتبه المفید، قم، بی تا.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام*، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۴ق.

شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی ۳- تعهدات*، چاپ چهاردهم، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۹.

صفایی، سید حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، چ چهارم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵.

طباطبایی حکیم، سید محسن، *مستمسک العروه الوثقی*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۳۹۲ق.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروه الوثقی*، مکتبه العلمیه الاسلامیه، طهران، ۱۳۵۸.

طوسی، محمد بن الحسن، *الخلافا*، دارالمعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۲۵ق.

_____، *المبسوط*، مؤسسه النشر الاسلامی قم، ۱۴۲۴ق.

علامه حلی، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، چاپ سنگی، بی جا، بی تا.

کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی (عقود معین - ج ۱)*، چاپ هشتم، شرکت انتشار، تهران، ۱۳۸۱.

_____، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، چاپ سوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۳.

_____، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۷.

مؤمن، محمد حسین *اوراق مشارکت، ماهیت حقوقی و بررسی تطبیقی*، استاد راهنما: محمد حسین قائم مقام فراهانی، استاد مشاور: دکتر الماسی، پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.

مبلغی، احمد، «نظرة فقهية الي صكوك الاجارة»، *فقه اهل البيت (ع)*، العدد ۴۵، ۱۴۲۸ق، صص ۵۱-۷۶.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۰ق.

مروارید، علی اصغر، *سلسله التناهیات الفقهية*، دار التراث - الدار الاسلامیه، بیروت، ۱۴۱۰ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات*، مؤسسه کیهان، قم، ۱۳۷۱.

نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، مؤسسه المرتضی العالمیه، بیروت، ۱۴۱۲ق.

Mishkin, Frederic S., "Anatomy of A Financial Crisis" Nber Working Papers Series, No.

3934. National Bereu Of Economic Research, December, 1991.

Obaidullah, Mohammad , *Islamic Financial Services*, Jeddah, Saudi Arabia, King Abdul aziz University, 2005.

Pirasteh, Hossein & Abdolmaleki, Hojjatullah, "*Developing Awqaf Properties and Islamic Financial Engineering: A Conceptual and Empirical Analysis*", Singapore, The proceedings of International Waqf Conference, 2007.

Pirasteh, Hossein & Abdolmaleki, Hojjatullah, "*Developing Awqaf Properties and Islamic Financial Engineering: A Conceptual and Empirical Analysis*", Singapore, The proceedings of International Waqf Conference, 2007.

