

تحلیل فقهی حقوقی اوراق بهادار مرابحه

محمدحسین عباسی^۱ / امین بدیع صنایع^۲

چکیده

عقد مرابحه، قرارداد فروشی است که فروشنده به وسیله آن، قیمت تمام شده کالا، اعم از قیمت خرید، هزینه‌های حمل و نقل، نگهداری و سایر هزینه‌های مرتبط را به اطلاع مشتری می‌رساند، سپس با افزودن مبلغ یا درصدی به عنوان سود، به وی می‌فروشد، بیع مرابحه می‌تواند به صورت نقد یا نسیه منعقد شود و به طور معمول، نرخ سود نسیه آن بیشتر است. براساس این عقد، اوراق بهاداری با نام اوراق بهادار مرابحه طراحی شده است که همانند سایر اعمال حقوقی، حقوق و تعهدات و التزاماتی را برای اشخاص مرتبط با قراردادهای موجود در فرآیند انتشار اوراق مرابحه ایجاد می‌نماید. در این نوشته نویسندگان تلاش نموده‌اند تا ضمن ارائه مختصری از فرآیند انحلال و تصفیه این قبیل اوراق، با بررسی انواع اوراق بهادار مرابحه موجود در قوانین و مقررات داخلی از جمله اوراق بهادار جهت خرید دارایی، تأمین نقدینگی، تشکیل سرمایه شرکت‌های تجاری و رهنی، از جنبه فقهی و حقوقی مباحث را تحلیل نمایند.

واژگان کلیدی: اوراق بهادار مرابحه، عقد مرابحه، نظارت، انحلال، تصفیه

طبقه‌بندی موضوعی: K22 پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رتال جامع علوم انسانی

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی

مقدمه

نظام مالی اسلامی متشکل از بانکداری اسلامی، بیمه اسلامی و بازار سرمایه اسلامی با پیشرفت خود به عنوان یک بخش مهم و اساسی در بازار مالی جهانی تبدیل شده و به مثابه یک مدل مالی کارا در مقابل نظام کلاسیک مورد توجه قرار گرفته است. افزایش آگاهی و تقاضا برای سرمایه‌گذاری طبق اصول شرع در سطح جهانی باعث شده است که صنعت خدمات مالی به یک صنعت موفق و پر رونق تبدیل شود.

با رشد صنعت بانکداری اسلامی، بسیاری از محصولات مالی در بخش‌های بیمه و بازار سرمایه نیز مطابق شرع طراحی شدند. در این میان در بازار سرمایه اسلامی ابزار اسلامی مباحه که براساس عقد محوری مباحه طراحی شده است، دارای ویژگی‌های مطلوب از جمله سود معین، درجه نقدشوندگی بالا، قابلیت انجام به صورت نقد و نسیه، ریسک پایین و... بسیار مورد اقبال سرمایه‌گذاران واقع شده است. تأمین مالی بر مبنای مباحه، مساوی با اعطای وام بر مبنای بهره نیست. این روش در واقع فروش مدت دار کالا است که در مورد سود و قیمت تمام شده آن اطلاع کافی و رضایت طرفین وجود دارد. (صالح آبادی، ۱۳۸۵)

در سال ۱۹۹۲ میلادی بخش خصوصی در اقتصاد مالزی نوعی اوراق بهادار منتشر کرد، که مبتنی بر بیع‌العینه یا بازخرید دارایی است. در این روش، مؤسسه ناشر اوراق، دارایی‌های دولت، سازمان‌ها و بنگاه‌های اقتصادی را به صورت نقد خریده و پولش را می‌دهد؛ سپس با قیمتی بالاتر و به صورت نسیه مدت‌دار به خود آنها می‌فروشد و در مقابل آنها اسناد مالی با مبالغ و سررسیدهای معین دریافت می‌کند. مؤسسه مالی می‌تواند منتظر بماند و در سررسید، مبلغ اسمی اسناد را از خریداران دریافت کند؛ هم‌چنان که می‌تواند در بازار ثانوی آنها را تنزیل کرده و بفروشد. وجوه این قبیل مؤسسات مالی و اوراق مباحه باز خرید دارایی‌ها، این امکان را فراهم می‌کند که از یک طرف دولت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی که با کمبود نقدینگی مواجه شده‌اند بتوانند از طریق فروش نقدی و بازخرید نسیه دارایی‌های خود به نقدینگی مورد نظر دست یابند و از طرف دیگر، مؤسسات مالی و به تبع آنها، صاحبان وجوه مازاد از طریق خرید و فروش این اوراق به سود معینی دست یابند.^۱

در سال ۱۳۸۹ در کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار پیرامون مباحث فقهی اوراق مباحه بحث گردید. در این مباحث چهار نوع اوراق مباحه مطرح گردید:

الف) اوراق مباحه جهت خرید دارایی

۱. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: <http://www.pajoohe.com/fa/index.php?Page=definition&UID=4327>

ب) اوراق مرابحه جهت تأمین نقدینگی

ج) اوراق مرابحه جهت تشکیل سرمایه شرکت‌های تجاری

د) اوراق مرابحه رهنی

این کمیسیون در نهایت پس از بررسی این چهار نوع از اوراق مرابحه طی مصوبه‌ای بر اساس استدلال‌هایی حکم به صحت انواع اول، سوم و چهارم نمود.

در انتشار اوراق مرابحه اشخاص حقیقی و حقوقی متعدد حضور دارند. در این قسمت با استفاده از دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مصوب ۹۰/۹/۲۶ هیأت مدیره محترم سازمان بورس و اوراق بهادار؛ مهمترین این اشخاص معرفی می‌شود:

بانی: هر شخص حقوقی مانند دولت، مؤسسه وابسته به دولت، شهرداری یا بنگاه خصوصی است که انتشار اوراق با هدف تأمین مالی وی صورت می‌گیرد.

ناشر (واسط): هر شخص حقوقی است که اوراق بهادار را منتشر می‌نماید. واسط یک مؤسسه مالی است که توسط بانی جهت انجام یک پروژه خاص انتخاب یا تاسیس می‌شود.

سرمایه‌گذاران (دارندگان اوراق): اشخاص حقوقی یا حقیقی هستند که با خرید اوراق بهادار، بانی را تأمین مالی می‌نمایند.

امین: شخص حقوقی مورد تأیید سازمان بورس و اوراق بهادار است که بر کل فرآیند انتشار اوراق بهادار نظارت دارد و تمامی نقل و انتقالات مالی با اجازه وی صورت می‌گیرد.

شرکت تأمین سرمایه: شرکتی است که به عنوان واسطه بین ناشر و سرمایه‌گذاران فعالیت می‌نماید.

مؤسسه رتبه‌بندی: شرکتی است که با اخذ مجوز از سازمان بورس اقدام به تعیین رتبه اعتباری اوراق می‌نماید.

در طراحی و اجرای ابزار مالی اسلامی بررسی ابعاد مختلفی مد نظر قرار می‌گیرد. یکی از این ابعاد، ابعاد حقوقی و فقهی این ابزار است که به منظور طراحی دقیق و مطابق با شرع و قانون و به منظور اجرایی نمودن آن اهمیت می‌یابد. لذا بررسی حقوقی و فقهی اوراق بهادار مرابحه با توجه به اینکه کار حقوقی چندانی روی آن صورت نگرفته و بررسی فقهی آن نیز به صورت گذرا انجام گردیده است لازم و ضروری می‌نماید. در واقع پژوهشگر در نظر دارد تا با بررسی روابط حقوقی حاکم بر این اوراق، صحت و سقم این روابط را از منظر حقوقی مورد ارزیابی قرار دهد و در صورت عدم صحت احیاناً راهکاری برای عبور از این مشکل ارائه نماید.

رویکرد تحقیق حقوقی است لکن مبانی فقهی و مدیریت مالی نیز بنا به نیاز، مورد توجه قرار گرفته است. روش تحقیق نظری-کاربردی با نگاه توصیفی و تحلیلی بوده و از ابزار کتابخانه‌ای بهره گرفته شده است.

در مقاله حاضر در قسمت اول، حقوق و تعهدات طرف‌های انواع اوراق بهادار مرابحه و همچنین ماهیت فقهی و حقوقی روابط اقتصادی، در قسمت دوم نیز صور انحلال و تصفیه اوراق بهادار مرابحه مورد بحث قرار گرفته است.

۱- انواع اوراق بهادار مرابحه و بررسی آنها

در اوراق مرابحه اشخاص متعددی اعم از حقوقی یا حقیقی مطرح می‌باشند که هر کدام براساس یک نوع رابطه حقوقی با یکدیگر ارتباط دارند. ایجاد حقوق و تکالیف برای هر یک از طرفین حاصل این روابط حقوقی می‌باشد.

اوراق مرابحه براساس تقسیم‌بندی ارائه شده از سوی کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار به چهار نوع تقسیم شده است. این تقسیم‌بندی‌ها شامل: اوراق مرابحه جهت خرید دارایی، اوراق مرابحه به منظور تأمین نقدینگی، اوراق مرابحه جهت تشکیل سرمایه شرکت‌های تجاری و اوراق مرابحه رهنی می‌باشد. در این مبحث با توجه به این تقسیم‌بندی به بررسی آثار مذکور خواهیم پرداخت.

۱-۱- اوراق مرابحه جهت خرید دارایی یا تأمین مالی

در این گفتار ابتدا در بند اول کلیت و روش کار این اوراق مطرح می‌شود. سپس در بند دوم ماهیت فقهی حقوقی اوراق مرابحه جهت خرید دارایی در بازار اول و دوم مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. در بند سوم مدل عملیاتی این نوع اوراق مرابحه ارائه خواهد شد. در بند آخر نیز روابط حقوقی موجود در این نوع اوراق مرابحه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۱-۱- کلیت و روش کار اوراق مرابحه جهت خرید دارایی یا تأمین مالی

در این روش، بانی جهت تأمین مالی خود، اقدام به تاسیس شرکت به منظور خاص تحت عنوان واسط می‌کند. واسط با انتشار اوراق مرابحه، از طریق شرکت تأمین سرمایه، وجوه سرمایه‌گذاران را جمع‌آوری می‌نماید و به وکالت از طرف آنان کالای مورد نیاز بانی را از تولید کننده (فروشنده) به صورت نقد خریداری نموده و به صورت بیع مرابحه نسیه به قیمت بالاتر به بانی می‌فروشد. بانی متعهد

می‌شود در سررسید مشخص قیمت نسبه کالا و همچنین سود مذکور در مباحه را از طریق شرکت تأمین سرمایه به دارندگان اوراق آماده نماید. دارندگان اوراق می‌توانند تا سررسید منتظر بمانند و از سود نهایی مباحه استفاده کنند و یا قبل از سررسید اوراق خود را در بازار ثانوی با سود کمتر به فروش برسانند. به عنوان مثال خریداران اوراق که هر ورق را به یک میلیون و بیست هزار ریال خریده‌اند می‌توانند صبر کنند در سررسید یک میلیون و دویست هزار ریال دریافت کنند کما اینکه می‌توانند قبل از سررسید بفروشند، به صورت طبیعی هرچه به زمان سررسید نزدیک شویم قیمت اوراق به قیمت اسمی یک میلیون و دویست هزار ریال نزدیک می‌شود.

شبهه این اوراق، طرح‌هایی از طرف بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و وزارت امور اقتصادی و دارایی نیز تهیه و پیشنهاد شده‌اند، هرچند هیچ یک از آنها تا کنون به مرحله اجرا نرسیده‌اند (فراهانی فرد، ۱۳۸۱).

مطابق طرح نخست، یک مؤسسه مالی خصوصی، کالاهای مورد نیاز دولت را خریداری کرده آنها را به قیمت بیشتری به صورت نسبه به دولت می‌فروشد، دولت در مقابل خرید آنها، اسناد بهاداری با مبالغ اسمی معین و با سررسیدهای مشخص (اوراق بدهی دولت) به فروشنده تحویل می‌دهد. دارندگان اوراق می‌توانند تا سررسید منتظر بمانند و مبلغ اسمی سند را از دولت دریافت کنند و یا قبل از سررسید در بازار ثانوی به فروش برسانند (فراهانی فرد، ۱۳۸۱).

مطابق طرح دوم، بانک‌ها و مؤسسه‌های مالی اعتباری، از محل منابع خود، کالاهای مورد نیاز دولت را به صورت نقد خریداری و به صورت نسبه مدت‌دار به دولت می‌فروشند، دولت در قبال خرید کالاهای مذکور، اسناد مالی با مبالغ معین و سررسیدهای مشخص (اوراق خرید دولتی) به بانک‌ها و مؤسسه‌های مالی می‌پردازد و آنها می‌توانند تا سررسید اوراق منتظر بمانند و در سررسید مبلغ اسمی را دریافت کنند و می‌توانند قبل از سررسید در بازار ثانوی به مردم و یا بانک مرکزی بفروشند و پول نقد دریافت کنند (مقدسی، ۱۳۷۳).

۱-۱-۲- تحلیل فقهی حقوقی اوراق مباحه جهت خرید دارایی یا تأمین مالی

بازار اولیه و ثانویه نوع اول از اوراق مباحه ترکیبی از قراردادهای وکالت، بیع نقد، بیع نسبه و بیع دین (تنزیل) است به این صورت که واسطه به وکالت از طرف صاحبان اوراق، کالای مورد نیاز متقاضی را به صورت نقد می‌خرد سپس آن را به صورت نسبه مدت‌دار به متقاضی می‌فروشد، بعد از این صاحبان اوراق مالکان مشاع دیون حاصل از بیع نسبه هستند، آنان می‌توانند صبر کنند در سررسید مبلغ اسمی

ورق (دین) را دریافت کنند کما اینکه می‌توانند آن اوراق را در بازار ثانوی بفروشند (تنزیل کنند). عملیات فروش ورق ممکن است در بازار ثانوی چندین بار تکرار شود. قراردادهای بیع نقد و بیع نسبه و کالتی هیچ مشکلی ندارند. اما قرارداد فروش اوراق در بازار ثانوی که مصداق خرید و فروش دین می‌باشد، محل بحث و اختلاف است.

بر اساس قاعده اصطیادی «للاجل قسط من الثمن» و یا «لکلّ أجل قسط من الثمن» که یک دربردارنده یک قاعده عرفی مورد قبول شرع نیز هست، در معامله نسبه و سلم، مقداری از ثمن (قیمت پولی که خریدار باید بپردازد) در مقابل مهلت تعیین شده قرار می‌گیرد، به همین دلیل اگر قیمت اجناس در معامله نسبه بیشتر از قیمت آن در معامله نقدی باشد اشکالی ندارد. همچنین اگر قیمت اجناس در معامله سلم کمتر از قیمت آن در معامله نقدی باشد اشکالی ندارد.

تفاوت بین قیمت نقد و نسبه به خاطر مدت زمانی است که ثمن با تأخیر به دست فروشنده می‌رسد. به همین دلیل اگر شخصی کالا را در بیع نقدی مثلاً به ۱۰ تومان بفروشد ولی همان کالا را به صورت نسبه به ۲۰ تومان بفروشد، و خریدار هم به صورت نسبه آن کالا را بخرد، این بیع صحیح است (خمینی، ۱۴۰۹ ق). دلیل چنین معامله‌ای قاعده «للاجل قسط من الثمن» است که یک قاعده عرفی است و در کتاب‌های فقهی به آن استناد شده است و معنای آن این است که: در معامله نسبه چون زمان دخالت دارد، برای همین یک مقدار از مبیع در مقابل ثمن قرار گرفته و مقداری از آن در مقابل زمان شرط صحت آن، تعیین مدت است (انصاری، ۱۴۲۷ ق).

بنابراین در بیع نسبه، مهلت و زمانی که سرمایه فروشنده در نزد خریدار باقی می‌ماند دارای ارزش است و باید بخشی از قیمت در قبال آن قرار گیرد. یکی از حکمت‌های صحت چنین بیعی آن است که فروشنده ضرری در قبال کالای خود نکند. برای همین در برابر زمان قسمتی از قیمت (ثمن) قرار می‌گیرد.

همانطور که اشاره شد بازار ثانوی این اوراق مبتنی بر جواز خرید و فروش دین است که محل بحث و گفتگو است که ذیلاً به آن می‌پردازیم:

الف) تعریف دین

آن عبارت از چیزی است بر عهده کسی که ملتزم به ایفا می‌باشد که آن را ما فی الذمه می‌گویند و به اعتبار طلبکار طلب نامند، چنانکه کسی به دیگری سیصد تومان بدهکار باشد، به آن سیصد تومان که

در ذمه مدیون است دین گفته می‌شود (امامی، ۱۳۸۷). فقها دین را به اعتبار زمان ادای آن به دو قسمت تقسیم می‌کنند:

۱. دین حال که ادای آن فوری و در زمان مطالبه دائن، واجب است، چه از اصل و ابتدا چنین باشد و چه از ابتدا مؤجل بوده ولی اکنون اجلس رسیده و حال شده است.
۲. دین مؤجل که تأدیه آن تا قبل از حلول اجل آن واجب نیست (بحرانی، ۱۴۰۵ ق).

ب) بررسی بیع دین

* دیدگاه فقهای عامه

در مورد حکم بیع دین، این موضوع مطرح است که آیا اصولاً تملیک دین به غیر، جایز است یا خیر؟ نظر فقهای اهل سنت در جواب به این سؤال متفاوت است. در عبارت ذیل به آنها پرداخته شده است. فقها در حکم تملیک دین به غیر مدیون اختلاف داشته و در این زمینه چهار نظر وجود دارد:

۱. بعضی آن را به هر صورت جایز می‌دانند.
۲. اکثریت، آن را صحیح و جایز نمی‌دانند.
۳. برخی با یک شرط آن را مجاز می‌شمارند.
۴. بعضی نیز با شروط هشت گانه ای آن را می‌پذیرند. (وزاره الاوقاف والشؤون الاسلامیه، ج ۹، ۱۴۰۴).

با این وصف، اکثر علمای اهل سنت که تملیک دین به غیر را جایز نمی‌دانند، بیع دین به غیر را نیز غیر مجاز خواهند شمرد. بیع دین دارای دو صورت است یکی بیع دین به مدیون و دیگری بیع دین به غیر مدیون. در مورد بیع دین به غیر مدیون، فقها اختلافی در عدم جواز آن ندارند اما در مورد بیع دین به مدیون، اختلاف وجود دارد (الزحیلی، ۱۴۰۹ ق).

اما در متنی دیگر در این زمینه می‌خوانیم:

جمهور فقهای ائمه مذاهب چهارگانه، بیع دین به مدیون را جایز می‌دانند برخلاف ظاهریه و ابن حزم که آن را جایز نمی‌دانند. اما بیع دین به غیر مدیون در نزد حنفیه، ظاهریه و حنابله جایز نبوده، ولی ابن قیم جایز می‌داند ضمن آن که شافعیه و مالکیه نیز با شرط یا شروطی آن را جایز می‌دانند (جواهری، ۱۴۰۸ ق).

بعضی از فقهای اهل سنت، چنین معامله‌ای را منع کرده‌اند و دلیل بر منع را شباهت آن به ربا که تحریم آن اجماعی است، می‌دانند و وجه شباهت را در این می‌دانند که در هر دو مورد، زمان، بخشی از ثمن قرار گرفته است (الذیبانی، ۱۴۰۲ ق).

اما در خصوص بیع دین به دین، بعضی چنین نظر داده‌اند که بیع دین به دین باطل است. (الزحیلی، ۱۴۰۹ ق).

* دیدگاه فقهای امامیه

اما در فقه امامیه، در خصوص اصل بیع دین، کمتر در کتب فقهی شیعه، سخنی به میان آمده است ولی به هر حال اصل موضوع مورد تردید نیست و بعضی به آن، چنین اشاره کرده‌اند: بیع دین جایز است و این نظر، دیدگاه علمای امامیه است (عاملی، ۱۴۱۹ق و محقق الثانی، ۱۴۰۳ ق). یکی از سؤال‌هایی که در بیع دین مطرح می‌شود این است که معامله و بیع دین با چه کسی صحیح و با چه کسی نادرست است؟ آیا صرفاً معامله آن با مدیون جایز است یا آن که با غیر مدیون نیز مجاز است؟

صاحب سرائر چنین جواب می‌دهد: بیع دین با غیر مدیون صحیح نیست (شهید ثانی، ۱۴۰۳ق). اما ایشان در این نظر، تنهاست و غیر ایشان بیع دین به غیر مدیون را نیز جایز و صحیح می‌داند (نجفی، ۱۹۸۱ م) و بعضی آن را به مشهور نسبت می‌دهند (حلی، ۱۴۱۶ق) و بعضی شهرت را نزدیک به اجماع می‌دانند (عاملی، ۱۴۱۹ق). لذا برخی از این حکم، تعبیر به «دیدگاه علمای امامیه» کرده‌اند. (نجفی، پیشین؛ حلی، پیشین؛ الشیخ محمد حسن، پیشین) و بعضی با تعبیر «روایت اصحاب ما» از آن یاد کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹ق).

بر اساس تحقیق مفصلی که پیرامون دیدگاه فقها و استدلالشان نسبت به بیع دین، انجام شده، نشان می‌دهد شش نظریه فقهی در این زمینه وجود دارد (موسوی، ۱۳۸۱)، خلاصه نظریه‌ها از این قرار است:

۱. بیع دین مطلقاً باطل است؛ این نظریه را شیخ طوسی به شافعی نسبت داده است. لکن خود ایشان این نظر را با استناد به اصل حلیت رد می‌کند و بطلان آن را نیازمند دلیل میدانند که چنین دلیلی نیز وجود ندارد (طوسی، ۱۴۰۷ق).

۲. بیع دین حال صحیح اما مؤجل باطل است. (حلی، ۱۴۰۸ق و شهید ثانی، ۱۴۱۳ق و بحرانی، ۱۴۰۵ق)

۳. بیع دین به مدیون صحیح اما به غیر او باطل است. (حلی، ۱۴۱۰ق) همچنین امام خمینی نیز در قول جدیدشان قائل به این نظر شده‌اند.

۴. بیع دین به ثمن حال صحیح اما به ثمن نسیه باطل است. (محقق ثانی، ۱۴۰۳ق)

۵. بیع دین صحیح است لکن مشتری تنها حق مطالبه ثمن پرداخت شده را دارد؛ شیخ طوسی، ابن-براج و شهید در دروس این نظر را مطرح کرده‌اند. بر این اساس در مورد تنزیل و فروش چک یا سفته، مشکل از جهت فروش بدهی پولی به اقل نیست بلکه مشکل در مبلغی است که مشتری در ذمه مدیون مالک می‌شود و مدیون ملزم به پرداخت آن است و لذا با تفکیک این دو موضوع اصل فروش جایز می‌شود و می‌توان به اقل فروخت اما این که مشتری چه مبلغی را در ذمه مدیون مالک می‌شود، آیا به مقدار مبلغ دین یا به مقدار مبلغی که مشتری به دائن داده است، امری جداگانه است که ممکن است مثل شهید صدر در اخذ تمام مبلغ دین، کسی اشکال کند.

ضمن آن که با قبول این دیدگاه که فروش به اقل جایز است اما اخذ مابه‌التفاوت مبلغ دین با مبلغ پرداختی مشتری، جایز نیست به مشکلی بر می‌خوریم و آن این که این مابه‌التفاوت که دائن در ذمه مدیون مالک بوده با چه مجوزی از ذمه مدیون و ملکیت دائن خارج می‌شود؟ همچنان که بعضی به این اشکال متفطن شده و به آن تصریح کرده‌اند. (بحرانی، ۱۴۰۵ق)

۶. بیع دین مطلقاً صحیح است و خریدار مالک تمام دینی می‌شود که مدیون بدهکار است، مشهور فقهای گذشته و معاصر چون سید یزدی، بروجردی، خویی، امام خمینی (مطابق با قول اولشان)، سیستانی، مکارم شیرازی، تبریزی، وحید خراسانی و زنجانی، این نظریه را مطرح کرده‌اند (توضیح المسائل مراجع عظام، ۱۳۷۸).

امام خمینی همانطور که در بالا گفته شد ابتدا همانند مشهور فقها معتقد به جواز بیع دین به صورت مطلق بود و در کتاب تحریرالوسیله بعد از تقسیم سفته به سفته‌های حقیقی (که حکایت از دین واقعی می‌کند) و سفته‌های صوری (که حکایت از دین واقعی نمی‌کند) می‌فرماید:

«در نوع اول، اگر سفته را نزد شخص ثالثی به مبلغ کمتر تنزیل نماید به اینکه آنچه را در ذمه مدیون دارد به کمتر از آن بفروشد، اشکالی در آن نیست» (خمینی، ۱۳۷۵) لکن بعد از مدتی ظاهراً از نظر سابق خویش برگشته و در استفتائاتی که شده فتوا به حرمت و ربوی بودن بیع دین می‌دهند (خمینی، ۱۳۷۵).

ضمناً حضرت امام (ره) بیع پول را در صورتی که واقعا بیع قصد شود و واقع آن قرض نباشد، جایز می‌داند والا آن را تخلص از ربا دانسته و جایز نمی‌داند (خمینی، ۱۳۷۵).

به هر حال بایستی توجه داشت که حکم بیع پول مدخلیت تام در حکم بیع دین پولی ندارد و لذا شهید صدر با آن که بیع پول را جایز نمی‌داند اما بیع دین پولی و تنزیل اوراق را به اقل بی اشکال می‌داند اگر چه در جواز اخذ تمام مبلغ دین توسط مشتری از مدیون اشکال می‌کند (حکیم، ۱۳۷۵).

حضرت امام (ره) غیر از شرط فوق و علاوه بر آن، شرط دومی را نیز مطرح می‌کند و آن عدم قصد تخلص از ربای قرضی است (خمینی، ۱۳۷۵). بعضی احراز این شرط دوم را در اغلب موارد بلکه کلاً، مشکل می‌دانند (داوودی و همکاران، ۱۳۷۴).

شاید امام خمینی وجه ربا را این بداند که این معامله، هر چند به صورت بیع واقع می‌شود، حقیقت آن قرض است و قرض ربوی، حرام است و خریدار در واقع دارد پول کم‌تری را قرض می‌دهد تا پس از مدتی، بیش‌تر از آن بگیرد.

به هر حال مهم در این زمینه دیدگاه مشهور در این خصوص است که تنزیل و بیع دین پولی را جایز می‌دانند. شهید صدر نیز تصریح می‌کند که بسیاری از علما آن را جایز می‌دانند (صدر، ۱۴۰۱ ق).

سؤال دیگر در مورد حال و مؤجل بودن دین و تأثیر آن در حکم بیع دین است. عده‌ای در این مورد چنین نظر داده اند:

بیع دین قبل از حلول آن مطلقاً نه به مدیون و نه به غیر مدیون جایز نیست. به عبارت دیگر بیع دین مؤجل جایز نیست و صرفاً بیع دین حال مجاز است (صدر، ۱۴۰۱ ق).
در برابر این نظر، عده کثیری قایل به جواز بیع دین مؤجل مانند بیع دین حال هستند و معتقدند که دین مؤجل حق مالی است و لذا بیع آن جایز است (حلی، پیشین). در هر صورت در نظر مشهور، بیع دین حال و مؤجل هر دو، صحیح و جایز است.

* بیع دین در حقوق ایران

عمده بحث بیع دین در حقوق ایران در حال حاضر در تنزیل اسناد تجاری از طرف بانک‌ها مطرح است، در حال حاضر عملیات مربوط به خرید دین بر مبنای آئین‌نامه موقت تنزیل اسناد و اوراق تجاری و مقررات اجرایی آن، که در جلسه مورخ ۱۳۶۱/۸/۲۶ شورای پول و اعتبار به تصویب رسیده و متعاقب آن در شورای نگهبان نیز مطرح و به اکثریت آراء مخالف با شرع و قانون اساسی شناخته نشده است، انجام می‌پذیرد. در نامه شورای نگهبان به بانک مرکزی آمده است:

«عطف به نامه شماره ۲۳۴۴ / ه مورخ ۱۳۶۱/۱۰/۵ آئین‌نامه موقت تنزیل اسناد و اوراق تجاری (خرید دین) مصوب جلسه چهارصد و هفتاد و یکمین مورخ ۱۳۶۱/۸/۲۶ شورای پول و اعتبار که در جلسه رسمی شورای نگهبان مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت و با اکثریت آراء مغایر با موازین شرعی و قانون اساسی شناخته نشد».

در خاتمه باید به این امر نیز اشاره کنیم این نوع از اوراق مرابحه در تاریخ ۸۹/۸/۲ در کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس پس از بحث و بررسی به تأیید و تصویب رسید. همچنین در تاریخ ۹۰/۹/۲۶ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه منتشر گردیده است.

۱-۲-۱- اوراق مرابحه به منظور تأمین نقدینگی

ذیل گفتار حاضر در بند اول، کلیت و روش کار اوراق مرابحه تأمین نقدینگی؛ در بند دوم، ماهیت فقهی و حقوقی این اوراق و سپس در بند سوم نیز مدل عملیاتی این نوع اوراق بررسی می‌شود. در بند چهارم نیز به روابط حقوقی موجود در این نوع اوراق می‌پردازیم.

۱-۲-۱- کلیت و روش کار اوراق مرابحه تأمین نقدینگی

در سال ۱۹۹۲ میلادی بخش خصوصی در اقتصاد مالزی نوعی اوراق بهادار منتشر کرد که مبتنی بر بیع‌العینه یا باز خرید دارایی فروخته شده است، در این روش مؤسسه ناشر اوراق، دارایی‌های دولت، سازمان‌ها و بنگاه‌های اقتصادی را به صورت نقد خریداری نموده و وجه آنرا می‌پردازد، سپس با قیمتی بالاتر و به صورت نسبه مدت‌دار به خود آنها می‌فروشد و در مقابل، از آنها اسناد مالی با مبلغ و سررسیدهای معین دریافت می‌کند. مؤسسه ناشر می‌تواند منتظر بماند در سررسید مبلغ اسمی اسناد را از خریداران دریافت کند کما این که می‌تواند در بازار ثانوی آنها را بفروشد یا به عبارت دیگر تنزیل نماید (صالح آبادی، ۱۳۸۵).

وجود این قبیل مؤسسات مالی و اوراق مرابحه باز خرید دارایی‌ها این امکان را فراهم می‌کند که از یک طرف دولت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی که با کمبود نقدینگی مواجه شده‌اند بتوانند از طریق فروش نقدی و باز خرید نسبه دارایی‌های خود به نقدینگی مورد نظر دست یابند و از طرف دیگر مؤسسات مالی و به تبع آنها صاحبان وجوه مازاد از طریق خرید و فروش این اوراق به سود معینی دست یابند، البته در بحث بررسی فقهی این اوراق خواهد آمد که چنین معاملاتی محل اشکال و مناقشه است.

۱-۲-۲- تحلیل فقهی و حقوقی اوراق مرابحه تأمین نقدینگی

همانطور که بیان شد، در اوراق مرابحه تأمین نقدینگی، واسط (ناشر) دارایی دولت یا یک بنگاه اقتصادی را به صورت نقد از او می‌خرد سپس به صورت نسبه به خود او می‌فروشد، در این نوع، علاوه

بر بحث تنزیل، اصل خرید و فروش نقد و نسیه کالا میان نهاد واسط و بانی نیز از نظر فقهی مصداق بیع العینه بوده محل بحث و اختلاف است. ذیلاً به بررسی فقهی بیع العینه می‌پردازیم:

الف) تعریف بیع العینه

در تعریف بیع العینه اختلاف است، تعریف شایعی که در بحث ابزارهای مالی نیز می‌تواند مطرح باشد عبارت است از اینکه، کسی کالای خود را به صورت نقد می‌فروشد، و ثمن آن را به صورت نقد تحویل می‌گیرد سپس آن کالا را به صورت نسیه مدت دار از خریدار می‌خرد و ثمن آن را در آینده می‌پردازد، گاهی عکس این صورت رخ می‌دهد به این بیان که کسی کالایی را به صورت نسیه می‌خرد سپس آن کالا را به صورت نقد به فروشنده می‌فروشد (بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۱). بطور معمول این معامله جایی مورد استفاده قرار می‌گیرد که کسی به پول نقد احتیاج داشته باشد و نخواهد از طریق قرض ربوی آن پول را بدست آورد. در حقیقت بیع العینه وامی است که به شکل فروش است. دلیل این نام گذاری در آن است که نوعی بیع صوری صرف است. با توریق روایات و آراء فقها به این نتیجه می‌رسیم که علت اصلی مباحث در گرفته در مورد بیع العینه، یکی احتمال صوری بودن این معامله است و دیگری احتمال استفاده از این معامله برای خلاصی از ربا. (روحانی قمی، ۱۴۲۹ق و نائینی، ۱۳۷۳ق) البته در باب «بیع العینه» از امامان معصوم (ع) الفاظ دیگری رسیده که بر بطلان بیع عین پیش از مالک شدن آن براساس روایت "لیس علی الرجل بیع فیما لایملک" دلالت می‌کنند (مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، بی تا و مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق)

ب) بیع العینه در مذهب تشیع و حقوق ایران
بیع العینه به دو صورت قابل تصور است، که از جهت فقهی حکم متفاوت دارند.

۱. خرید و فروش بدون شرط و تبانی

به این معنا که صاحب کالایی، کالای خود را به خریداری به صورت نقد می‌فروشد و بهای آن را دریافت می‌کند سپس به خریدار پیشنهاد فروش نسیه کالا را می‌دهد، خریدار مصالح خود را در نظر گرفته و با آن پیشنهاد موافقت یا مخالفت می‌کند. در این صورت اگر معامله دوم اتفاق بیفتد، دو تا معامله مستقل از هم بوده و اختلافی میان فقها در مورد صحت این معامله وجود ندارد، حتی از بعضی از

فقها اجماع بر این فتوا نقل شده است. همانطور که در شرایع بدین امر اشاره شده و در جواهر (نجفی، ۱۹۸۱م) با نفی هرگونه اختلاف تصدیق شده است (مازندرانی، بی تا)^۱.
در این نوع از بیع العینه، اولاً مالکیت طرفین محقق شده است؛ ثانیاً هر دو معامله واقعی و جدی بوده و صوری نمی باشد.

۲. خرید و فروش با شرط یا تبانی

به این معنا که صاحب کالا، کالای خود را به صورت نقد می فروشد به شرط این که خریدار، آن را به مبلغ معینی به صورت نسیه به او بفروشد یا خریدار کالا را به صورت نقد می خرد به شرط این که فروشنده آن را به مبلغ معین به صورت نسیه بازخرد کند. این شرط گاهی به صورت صریح در قرارداد ذکر یا نوشته می شود و گاهی توافق طرفین قرارداد بر آن است که به اصطلاح تبانی می گویند. فقهای اهل سنت و شیعه قائل به بطلان این نوع از بیع العینه هستند و برای بطلان آن به دلایلی چون، عدم تحقق قصد جدی معامله، حیلہ ربا، لزوم دور و وجود نص صریح، استناد کرده اند، گرچه برخی از این استنادها محل تردید است (جوهری، ۱۴۰۸) لکن مشهور فقهای گذشته و معاصر (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۴) با استناد به برخی از این دلایل، به بطلان چنین معامله ای فتوی داده اند و در چنین فرضی (مخالفت مشهور) نمی توان ابزار مالی طراحی کرد. و از آنجا که نوع دوم اوراق مرابحه به طور معمول و غالب از این صورت از بیع العینه بوده و به اعتقاد مشهور فقها باطل است (عاملی، ۱۴۱۹)، نمی تواند در جوامع اسلامی بکار رود (موسویان، ۱۳۸۸).

ذیلاً قصد آن داریم که به بررسی ثبوت شهرت ادعا شده و همچنین بررسی دلایلی که فقها و نویسندگان در بطلان بیع العینه با شرط و تبانی ارائه کرده اند بپردازیم.

در ابتدا باید این نکته را متذکر شویم که از ظاهر کلمات فقها، اتفاق نظر بر یک نکته احراز می شود و آن این است که اشتراط مشتری بر بایع در مورد فروش آنچه خریده است، مضر به صحت بیع نیست. بلکه محل نزاع آنجایی است که بایع بر مشتری این شرط را بنماید. (مازندرانی، بی تا)

۱. لازم به ذکر است که موارد زیر را به عنوان دلیل ذکر کرده اند: ۱. مقتضای قواعد و عموماًت حلیت بیع و تجارت براساس تراضی با فرض فقد شرایط رای معامله یا معاوضی است. ۲. همچنین آنچه از روایات و نصوص خاص وارد شده است، که بر جواز این بیع دلالت دارد. مانند صحیحہ بشار بن یسار که می گوید: از اباعبدالله (علیه السلام) در مورد مردی پرسیدم که کالایی را به نسیه می فروشد و سپس همان کالا را از صاحبش که به او فروخته بود می خرد؟ ایشان فرمودند: بله، اشکالی ندارد. گفتم او کالای مرا می خرد؟! پس فرمودند: آن کالای تو و گاو و گوسفند تو نبوده است. و مانند این روایت صحیحہ علی بن جعفر و خبر حسین بن منذر می باشد. (عاملی، ج ۱۸، ۱۴۰۹ق، ص ۴۱)

گروهی از فقهای امامیه به بطلان فروش آنچه نسیه خریده شده است قبل از حلول أجل، در صورت اشتراط در بیع اول، حکم کرده‌اند. چنانکه این نظر در ریاض (حائری، ج ۱، بی تا) به فقهای امامیه نسبت داده شده و در آن اختلافی نیست. همچنین آنچه در مفاتیح (سبزواری، ج ۱، بی تا) و کفایه (کاشانی، ج ۳، بی تا) هم آمده هرگونه اختلافی را نفی می‌کند. لکن از مطلق بودن جواز در مقنعه (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق)، نه‌پایه (حلی، ۱۴۱۲ق) و سرائر (حلی، ۱۴۱۰ق)، عدم اصرار شرط گفته شده احراز می‌شود. حتی با توجه به اشکالات وارده بر استدلال‌ات نقل شده در توجیه بطلان اشتراط، ظاهر کلام فقها در جامع المقاصد (عاملی، ۱۴۰۳ق) و مسالک (شهید ثانی و عاملی، ۱۴۱۳ق) و غیر آن نیز جواز این اشتراط می‌باشد.

با این مقدمات قصد آن داریم در حال حاضر به بررسی استدلال‌ات رأی مذکور بپردازیم. امام خمینی در کتاب بیع خود متذکر این رأی فقها شده و می‌فرماید: «بطلان این بیع در مکاسب شیخ انصاری به مشهور فقها نسبت داده شده (انصاری، ۱۴۱۵ق)، در حالیکه این شهرت اثبات شده نیست. بر فرض ثبوت هم، این شهرت در جایی که نص وارد شده باشد، حجت نخواهد بود. فقهای قائل به بطلان، گاهی به نصوص استناد کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق)، گاهی به لزوم دور در این معامله استناد کرده‌اند (حلی، بی تا)، گاهی به عدم وجود قصد در این معامله استدلال کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۴ق)، و گاهی نیز ادعای عدم وجود عقلانیت در این معامله را کرده‌اند.» (خمینی، ۱۴۰۹ق). ذیلاً به بررسی و توضیح هریک از استدلال‌ات قائلین به بطلان می‌پردازیم و سپس پاسخ به هریک را نیز بیان می‌کنیم.

استدلال اول: لزوم دور

در توضیح این اشکال باید بگوییم، همانا انتقال مبیع بوسیله بیع اول به ملک مشتری به حصول یک شرط موقوف شده است و آن شرط، خرید دوباره مبیع است توسط فروشنده. حصول این شرط نیز موقوف است بر انتقال ملک به مشتری؛ با توجه به اینکه مادام که مشتری مالک مبیع نشده، صحیح نیست که آن را به بایع اول بفروشد. چراکه براساس قاعده «الابیع الا فی ملک» تا فروشنده مالک نباشد، بیعی هم وجود نخواهد داشت.

پاسخ: وجود شرط در عقد، معنایش تعلیق اصل عقد - که فقهای مذکور بر آن اتفاق کرده‌اند - نیست، بلکه این التزام و لزوم عقد است که بر شرط معلق شده است. و اما ذات عقد معلق بر التزام به شرط است که بالفعل موجود است. پس آنچه که فعلاً حاصل نیست، مفاد ملتزم است و نه التزام. چنانکه شأن و وضعیت تمام شروط فعل بر خلاف شروط نتیجه همین است. پس درحقیقت تعلیق بر

یک امر حاصل است و بدینسان خللی به صحت عقد وارد نمی‌آورد. با این توضیح آنچه متوقف بر حصول شرط است، لزوم بیع اول است و نه اصل انتقال مبیع به ملک مشتری. ممکن است گفته شود منظور فقها لزوم دور در حالت شرط نتیجه بوده است، که این امر را صاحب جواهر رد کرده است. براساس نظر او حتی بر فرض صحت این ادعا باز هم دور پیش نمی‌آید چراکه در یک آن، ملکیت مشتری اتفاق می‌افتد و کافی است (مازندرانی، بی‌تا). امام خمینی نیز با توضیح بسیار کوتاهی و تأیید همین نظر، این اشتراط را به معنی تعلیق نمیدانند و این مسأله را امری واضح و بی‌نیاز از توضیح می‌دانند. (خمینی، ۱۳۷۵) در جامع المقاصد (عاملی، ۱۴۰۳ق) و همچنین جواهر الکلام (نجفی، پیشین) نیز پاسخ‌های با همین مضمون به این استدلال داده شده است.

استدلال دوم: عدم وجود قصد

توضیح آنکه، عقد به طور کلی مقوم به قصد است، لکن در آنجا فرد با اشتراط شراء مجدد، نشان می‌دهد که قصدی برای قطع علاقه ملکیت ندارد. به عبارت دیگر اشتراط مذکور قصد نقل مبیع توسط بایع به مشتری را نقض می‌کند و این شبیه اجتماع نقیضین است.

پاسخ: به این اشکال یک پاسخ حلی و یک پاسخ نقضی داده شده است. پاسخ حلی که متعلق است به محقق ثانی بدین قرار است: «فرض ما حصول قصد نقل با وجدان درونی بایع اول است و اراده شراء آنچه فروخته است بعد از آن، قصد نقل او را نفی نمی‌کند. بعلاوه اراده به شراء مبیع در طول قصد نقل و بعد از آن (نه در عرض آن و همزمان با آن) و بعد از انتقال مبیع به ملک مشتری قرار دارد.» (محقق ثانی، ۱۴۰۳)

پاسخ‌های نقضی نیز به قرار زیر است: ۱. همانطور که اشتراط شراء، منافی قصد انتقال مبیع است؛ به ناچار مجرد قصد اشتراط نیز منافی قصد انتقال خواهد بود. چراکه ملاک منافات در قصد اشتراط و خود اشتراط یکسان می‌باشد. ۲. اشتراط بیع دوم به بایع اول یا غیر او، بی‌هیچ منافاتی بر قصد انتقال بایع به مشتری تأکید خواهد داشت. ۳. اگر ما این بیع را در این فرض به دلیل اشتراط مذکور باطل تلقی کنیم، پس ناچاریم غیر این مورد را نیز به دلیل اشتراط باطل بدانیم مانند عتق، وقف و مانند آن و خصوصاً شرط بیع به غیر. این در حالی است که براساس اجماع، بیع‌های مشروط به تمام این موارد صحیح می‌باشند (نجفی، پیشین).

استدلال سوم: عدم وجود عقابیت در این معامله

این استدلال نیاز به توضیح و حتی پاسخ خاصی ندارد. چراکه مطمئناً و بلاشک فردی که این شرط را می‌گذارد به دنبال اهدافی است که می‌خواهد به فوریت بیع دوم را پس از بیع اول محقق کند. (خمینی، بی‌تا)

استدلال چهارم: نصوص وارده

مهمترین استدلال فقها، همین روایات هستند که باید مورد بررسی قرار گیرند.

(الف) روایت حسین بن المنذر: "قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ يَجِئُنِي الرَّجُلُ فَيَطْلُبُ الْعَيْنَةَ - فَأَشْتَرِي لَهَا الْمَتَاعَ مُرَابِحَةً ثُمَّ أَيْعُهُ إِيَّاهُ - ثُمَّ أَشْتَرِيهِ مِنْهُ مَكَانِي - قَالَ إِذَا كَانَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ بَاعَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَبِعْ - وَكُنْتُ أَنْتَ بِالْخِيَارِ إِنْ شِئْتَ اشْتَرَيْتَ - وَإِنْ شِئْتَ لَمْ تَشْتَرِ فَلَا بَأْسَ - فَقُلْتُ إِنَّ أَهْلَ الْمَسْجِدِ يَزْعُمُونَ أَنَّ هَذَا فَاسِدٌ - وَيَقُولُونَ إِنْ جَاءَ بِهِ بَعْدَ أَشْهُرٍ صَلَحَ - قَالَ إِنَّمَا هَذَا تَقْدِيمٌ وَتَأْخِيرٌ فَلَا بَأْسَ" (عاملی، ۱۴۰۹ هـ.ق).

این روایت از نظر اعتبار، در رده ضعیف قرار می‌گیرد (طوسی، ۱۴۲۷ق و خویی، بی‌تا) و چون شهرت نیز اثبات نشد پس نمی‌تواند به عنوان جابر برای این روایت عمل کند. در نتیجه ضعف سندی روایت، عدم ثبوت شهرت برای انجبار روایت، نبود مشهور به این روایت و همچنین احتمال دلالت روایت در حالت وجود خیار، امکان توسل به این روایت برای اثبات ادعای مذکور وجود ندارد (خمینی، بی‌تا).

(ب) روایت یونس الشیبانی: "قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يبيع البيع والبائع يعلم أنه لا يسوى والمشتري يعلم أنه لا يسوى إلا أنه يعلم أنه سيرجع فيه فيشتره منه. قال: فقال: يا يونس إن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال لجابر بن عبد الله: كيف أنت إذا ظهر الجور وأورثهم الذل، قال: فقال له جابر: لا بقت إلى ذلك الزمان، و متى يكون ذلك بأبي أنت و أمي؟ قال: إذا ظهر الربا يا يونس، و هذا الربا فإن لم تشتريه رده عليك؟ قال: قلت: نعم، و قال: فلا تقر به فلا تقر به".

این روایت دلالت بر این امر دارد که این معامله مانند یک معامله ربوی است، که این دلالت اخص از مدعی خواهد بود. همچنین روایت مذکور چون قاتلی ندارد، مهجور است. به هر صورت ما با امثال این روایت نمی‌توانیم قواعد را کنار بگذاریم. بعلاوه این روایت نیز به علت وقوع یونس شیبانی که از معاریف نمی‌باشد، در سلسله مراتب روایت از جمله روایات ضعیف می‌باشد و امکان انجبار ضعف روایت نیز به علت عدم اثبات شهرت و همچنین استناد بیشتر مدعیان به لزوم دور وجود ندارد. روایات دیگری نیز مورد استناد قرار گرفته است لکن ما در این مجال به همین دو روایت بسنده می‌کنیم.

از آنجا که این شرط ضمن عقد بیع اول است و در آن اشکالی هم از نظر اجماع و روایات وجود ندارد، می‌توان این روایات را بر کراهت این نوع معامله حمل نمود. چراکه این نوع از بیع‌العینه نه یک معاوضه ربوی است تا شرط ذیل آن، شرط زیاده از قبیل زیاده حکمی باشد و نه از قبیل شروط

سودآور ضمن عقد قرض است تا جزء عموماً ربای قرضی محسوب شود. بنابراین بطلان بیع در این حالت که یک خرید و فروش بدون تحقق شرایط ربا صورت گرفته است خلاف مقتضای قواعد از جمله حلیت بیع و تجارت عن تراض می‌باشد. بنابراین اقوی صحت بیع‌العینه مطلقاً (با اشتراط یا بدون اشتراط و تبانی) می‌باشد. با این نظر گروهی از فقها از جمله امام خمینی موافق بوده و قول به صحت این بیع را شبه دانسته‌اند.

لکن در حال حاضر با توجه به مصوبه کمیسیون تخصصی فقهی بورس در تاریخ ۸/۲/۸۹، اوراق مباحه نوع دوم (اوراق مباحه جهت تهیه نقدینگی) که مبتنی بر قراردادهای بیع‌العینه غیر مجاز، وکالت و خرید دین است از نظر فقه شیعه و سنی اشکال دارد و این نوع از اوراق مباحه غیر شرعی تشخیص داده شده و قابلیت اجرا در بازار مالی اسلامی را ندارد.

ج) بیع‌العینه در فقه مذاهب اسلامی و حقوق مالزی

فقه‌های پیشین از مذاهب حنفی، مالکی و حنبلی در مورد اینکه بیع‌العینه چه حکمی دارد، نظرات متفاوتی دارند که در اینجا به برخی از آنها اشاره می‌کنیم. بیشتر فقهای اسلامی بر این باور بوده‌اند که بیع‌العینه تنها در صورتی مجاز است که یک شخص ثالث نیز در آن حضور داشته باشد و به عنوان یک واسطه بین خریدار و فروشنده عمل کند. از طرف دیگر، مذهب مالکی و حنبلی بیع‌العینه را رد می‌کنند و آن را بی اعتبار می‌دانند. مبنای نظر آنها اصل سد ذرایع است. سد ذرایع به معنای جلوگیری از راه‌هایی است که به اقدامات حرام منجر می‌شود؛ به عبارت دیگر، آنها استفاده از بیع‌العینه را به این دلیل که باعث ربا می‌شود، غیر مجاز می‌دانند.

مذاهب ظاهری و شافعی بیع‌العینه را صحیح می‌دانند؛ زیرا قراردادی است که در آن افشای اطلاعات صوت می‌گیرد و در مورد نیت افراد نیز فقط خداوند تبارک و تعالی قضاوت می‌کند. آنها حدیثی را که مبنای نظر بیشتر فقهای اسلام در تحریم بیع‌العینه است، ضعیف می‌دانند و بیان می‌کنند که این حدیث به دلیل ضعیف بودن نمی‌تواند مبنایی برای صدور حکم قرار بگیرد.

نهایتاً شورای مشورتی شرعی مالزی نظرهای مختلف درباره بیع‌العینه را بررسی کرد و سرانجام تصمیم گرفت که نظر مذهب شافعی و ظاهری را که قائل به جواز بیع‌العینه هستند بپذیرد. این شورا در پنجمین جلسه خود در تاریخ ۲۹ ژانویه ۱۹۹۷ میلادی جواز استفاده از بیع‌العینه در طراحی ابزارهای بازار سرمایه اسلامی مالزی را تصویب کرد. بنابراین، بیع‌العینه می‌تواند در طراحی محصولات بازار سرمایه اسلامی به کار گرفته شود. هنگامی که افراد و نهادهای مالی به وجه نقد نیاز دارند، می‌توانند از

این روش استفاده کنند و بدون از دست دادن دارایی، نیاز تأمین مالی خود را برآورده کنند (کمیسیون اوراق بهادار مالزی، ۱۳۸۵).

۱-۳-۱- اوراق مرابحه جهت تشکیل سرمایه شرکت‌های تجاری

در این قسمت، ابتدا در بند اول کلیت و روش کار اوراق مرابحه جهت تشکیل سرمایه شرکت‌های تجاری مطرح می‌شود. سپس در بند دوم ماهیت فقهی حقوقی این اوراق در بازار اول و دوم مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. در بند سوم مدل عملیاتی این نوع اوراق مرابحه ارائه خواهد شد. در بند آخر نیز روابط حقوقی موجود در این نوع اوراق مرابحه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۳-۱-۱- کلیت و روش کار اوراق مرابحه تشکیل سرمایه شرکت‌های تجاری

در این نوع از اوراق مرابحه هدف تشکیل سرمایه فعالیت تجاری مستمر است، بانی (شرکت تجاری) که نقش ناشر را نیز دارد با انتشار و واگذاری اوراق مرابحه، وجوه نقدی مازاد افراد را جمع‌آوری کرده به وکالت از طرف آنان، کالاهای مورد نیاز دولت، سازمان‌های دولتی، شرکت‌های وابسته به دولت و بنگاه‌های اقتصادی بخش خصوصی و مصرف‌کنندگان را از تولیدکنندگان یا مراکز فروش به صورت نقد خریده سپس با افزودن نرخ معینی به عنوان سود، به صورت نسیه به مصرف‌کنندگان نهایی می‌فروشد، سود حاصل از عملیات خرید و فروش، پس از کسر درصدی به عنوان حق‌الوکاله ناشر (شرکت تجاری)، به صورت فصلی یا سالانه از طریق شرکت تأمین سرمایه بین صاحبان اوراق توزیع می‌شود. برای مثال یک فروشگاه زنجیره‌ای می‌تواند جهت تشکیل یا تکمیل سرمایه تجاری خود از این اوراق منتشر کرده با تجهیز سرمایه به وکالت از طرف صاحبان اوراق به فعالیت تجاری پردازد و در پایان هر سال مالی سود حاصل از فعالیت تجاری را محاسبه نموده بخشی از آن را به عنوان حق‌الوکاله و هزینه عملیات خودش بردارد مابقی را به عنوان سود سالانه بین صاحبان اوراق تقسیم کند و با استفاده از اصل سرمایه به فعالیت ادامه دهد.

در این اوراق در هر مقطع زمانی دارایی ناشر (شرکت تجاری)، ترکیبی از پول نقد، اجناس و مطالبات خواهد بود که صاحبان اوراق به نحو مشاع مالک آنها هستند و می‌توانند در مواقع نیاز به دیگری واگذار کنند، قیمت خرید و فروش اوراق مرابحه به تناسب نرخ سود پرداختی ناشر به صاحبان اوراق و بازده سایر ابزارهای مالی مشابه، تعیین می‌شود و ممکن است از قیمت اسمی کمتر یا بیشتر باشد.

اوراق مرابحه نوع سوم ماهیت اوراق سهام شرکت‌ها را دارد و می‌تواند بدون سررسید معین منتشر شود کما اینکه می‌توان ابتدا به صورت با سررسید اما قابل تبدیل به اوراق سهام طراحی کرد.

۱-۳-۲- تحلیل فقهی و حقوقی اوراق مرابحه تشکیل سرمایه شرکت‌های تجاری

الف) بررسی فقهی

در نوع سوم، متقاضیان اوراق مرابحه، وجوه خود را به عنوان وکالت در اختیار ناشر (شرکت تجاری) می‌گذارند و به او اجازه می‌دهند وجوه آنان را به صورت مشاع در خرید و فروش مرابحه‌ای به کار گیرد شرکت تجاری به عنوان وکیل با منابع آنان، کالاهای مورد نیاز دولت، بنگاه‌ها و خانوارها را به صورت نقد خریده و به صورت نسیه می‌فروشد و در سررسیدهای مقرر به عنوان وکیل، مطالبات صاحبان اوراق را وصول می‌کند و در پایان هر سال مالی سود حاصله را پس از کسر حق الوکاله بین صاحبان اوراق تقسیم می‌کند، هر یک از صاحبان اوراق می‌توانند سهم خودشان از دارایی شرکت را هر زمان که بخواهند به صورت نقد یا نسیه به دیگری بفروشند.

بنابراین معاملات این نوع از اوراق مرابحه ترکیبی است از قراردادهای وکالت، خرید وکالتی، فروش وکالتی و فروش دارایی در بازار ثانوی است و همه این قراردادهای به اتفاق فقه شیعه و اهل سنت صحیح است.

ب) بررسی حقوقی:

بر اساس بند الف ماده ۲۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴؛ از جهت نوع واگذاری‌ها؛ قانونگذار فروش بنگاه دولتی از طریق عرضه عمومی سهام در بورس‌های داخلی یا خارجی را در اولویت قرار داده است.

ماده ۲۵ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران در این زمینه مقرر می‌دارد: «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، برای ثبت شرکت‌های سهامی عام یا افزایش سرمایه آن‌ها، اجازه انتشار "اعلامیه پذیرهنویسی" توسط مرجع ثبت شرکت‌ها، پس از موافقت "سازمان" صادر می‌شود.» این امر شامل شرکت‌های دولتی و خصوصی می‌باشد. براین اساس شرکت‌ها برای ثبت شرکت‌های سهامی عام یا افزایش سرمایه آن‌ها و سپس انتشار اعلامیه پذیرهنویسی و در نهایت پذیرش در بورس اوراق بهادار، ابتدا باید موافقت سازمان بورس را جلب نمایند که این امر به معنای این است که این شرکت‌ها باید ابتدا معیارها و شرایط لازم از دیدگاه این سازمان را محقق نمایند.

همچنین با توجه الزام بند الف ماده ۹۹ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران به در قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مبنی بر اینکه "کلیه اشخاصی که تاکنون نسبت به انتشار اوراق بهادار اقدام کرده‌اند حداکثر ظرف شش ماه پس از ابلاغ این قانون مکلفند نسبت به ثبت آن نزد سازمان بورس و اوراق بهادار اقدام نمایند. عدم ثبت تخلف محسوب می‌شود ولیکن مانع از اجرای تکالیف قانونی برای ناشر اوراق بهادار نخواهد بود"، شرکت‌های سهامی ملزم به ثبت اوراق بهادار خود نزد سازمان بورس و اوراق بهادار می‌باشند و از این نظر تکلیف قانونی دارند لیکن پذیرش آنها در بورس اوراق بهادار یا فرابورس ایران منوط به شرایط خاصی است که در دستورالعمل‌های مصوب هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار لحاظ شده است. با توجه به مقررات موجود از جمله دستورالعمل پذیرش، عرضه و نقل و انتقال اوراق بهادار در فرابورس ایران و دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران و غیره، می‌توان موارد زیر را به طور خلاصه به عنوان برخی از شرایط پذیرش اوراق بهادار شرکت‌های سهامی نام برد:

۱. شرکت باید در ایران ثبت شده و دارای تابعیت ایرانی باشد.
 ۳. شرکت باید دارای سهام عادی با نام دارای حق رأی باشد و ۱۰۰ درصد بهای اسمی آن پرداخت شده باشد و هیچ‌گونه امتیاز خاصی برای سهام‌داران شرکت وجود نداشته باشد.
 - تبصره: شرکتی که دارای سهام با شرایط ویژه باشد، در صورت تأیید هیأت پذیرش اوراق بهادار و تصویب شورای بورس، قابل پذیرش خواهد بود.
 ۴. حداقل دو سال از تاریخ بهره‌برداری شرکت گذشته باشد.
 ۵. حداقل سرمایه شرکت ده میلیارد ریال باشد.
 ۶. در زمان پذیرش نباید بیشتر از ۸۰ درصد از سهام شرکت در اختیار کمتر از ۱۰ سهام‌دار باشد.
- این نسبت باید در پایان دومین سال پس از پذیرش به ۷۵ درصد کاهش یابد. به علاوه حداکثر ظرف مدت شش ماه از تاریخ درج و تا زمانی که نام شرکت در تابلو دوم بورس درج می‌باشد، بایستی حداقل ۵۰۰ سهامدار داشته باشد.
- تبصره: در مورد شرکت‌های دولتی که طبق مقررات قانونی و در اجرای سیاست خصوصی‌سازی، سهام آنها بایستی از طریق بورس اوراق بهادار به مردم واگذار شود، رعایت این بند در زمان پذیرش الزامی نیست. شرکت‌های یاد شده موظفند ظرف مدت شش ماه از تاریخ پذیرش شرایط خود را با مقررات این بند تطبیق دهند.

۷. مجموع سهام متعلق به دولت، وزارتخانه‌ها، مؤسسه‌ها و شرکت‌های دولتی موضوع ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور، نباید از ۴۹ درصد سهام شرکت بیشتر باشد. تبصره: شرکت‌های دولتی مذکور در این بند موظفند حداکثر ظرف مدت دو سال از تاریخ درج نام شرکت در فهرست نرخ‌های بورس، وضعیت خود را با شرایط فوق‌الذکر تطبیق دهند.
۸. شرکت باید در دوره متوالی سودآور بوده و امکان سودآوری آن در آینده وجود داشته باشد و زیان انباشته نداشته باشد.
۹. نسبت حقوق صاحبان سهام شرکت به کل دارائی‌ها، از حد مناسب برخوردار بوده و از ۳۰ درصد کمتر نباشد. در صورتی که نسبت مذکور از حداقل تعیین شده در این بند کمتر باشد، لیکن به تشخیص هیأت پذیرش از حد مطلوب برخوردار باشد، باید نسبت حقوق صاحبان سهام به دارائی‌های ثابت به قیمت تمام شده حداقل از ۵۰ درصد کمتر نباشد.
۱۰. اساسنامه شرکت باید طوری تنظیم شده باشد که به تشخیص هیأت پذیرش، حقوق سهامداران جزء در آن محفوظ باشد.
۱۱. شرکت باید دارای نظام حسابداری مطلوب باشد و به تشخیص هیأت پذیرش، در مورد شرکت‌های تولیدی، روش حسابداری قیمت تمام شده (حسابداری صنعتی) استقرار داشته باشد. به علاوه دفاتر و حسابهای شرکت باید بر اساس استانداردهای حسابداری مصوب در کشور، نگهداری شود.
۱۲. شرکت متقاضی پذیرش باید گزارش‌های حسابرسی دو دوره مالی متوالی پیش از زمان پذیرش را ارائه نماید. این گونه گزارش‌ها بایستی توسط مؤسسات حسابرسی عضو جامعه حسابداران رسمی ایران که واجد ویژگی‌های خاص مصوب شورای بورس نیز باشند، تهیه شده باشد.
۱۳. برای شرکت‌های فعال در تالار فرعی که متقاضی ورود به تابلو دوم تالار اصلی هستند، علاوه بر دارا بودن شرایط فوق، سهام شرکت و میزان فعالیت آن شامل حجم داد و ستد و گردش سهام آن در شش ماهه منتهی به زمان ورود، به تشخیص دبیر کل سازمان بورس اوراق بهادار تهران، باید از وضعیت مطلوبی برخوردار باشد. در غیر این صورت، مراتب جهت اخذتصمیم به هیأت پذیرش گزارش می‌شود.

۱-۴- اوراق مرابحه رهنی

در قسمت چهارم نیز همانند سه قسمت قبل، ابتدا در بند اول کلیت و روش کار اوراق مرابحه رهنی مطرح می‌شود. سپس در بند دوم ماهیت فقهی حقوقی این اوراق در بازار اول و دوم مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. در بند سوم مدل عملیاتی این نوع اوراق مرابحه ارائه خواهد شد. در بند آخر نیز روابط حقوقی موجود در این نوع اوراق مرابحه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

یکی از کاربردهای مهم اوراق مرابحه برای تبدیل به اوراق بهادار کردن تسهیلات بانک‌ها و شرکت‌های لیزینگ است، در این روش، بانی (بانک یا شرکت لیزینگ) که دارایی‌هایی را به صورت مرابحه (فروش اقساطی) رهنی به دولت، بنگاه‌ها و خانوارها واگذار کرده است می‌تواند با تبدیل به اوراق بهادار کردن مطالبات حاصل از تسهیلات مرابحه، منابع خود را تجدید کند، برای این منظور اقدام به تاسیس واسط می‌کند، واسط با انتشار اوراق مرابحه، وجوه سرمایه‌گذاران را جمع‌آوری، سپس به وکالت از طرف آنان دیون حاصل از تسهیلات مرابحه را به قیمت تنزیلی از بانی (بانک یا شرکت لیزینگ) خریداری می‌کند، بانی متعهد می‌شود در سررسیدهای مشخص مبلغ اسمی دیون را از بدهکاران وصول کرده از طریق شرکت تأمین سرمایه به دارندگان اوراق برساند. دارندگان اوراق می‌توانند تا سررسید منتظر بمانند و از سود اوراق استفاده کنند و می‌توانند قبل از سررسید، اوراق خود را در بازار ثانوی بفروشند.

در نوع چهارم واسط بعد از جمع‌آوری وجوه، به وکالت از طرف صاحبان اوراق دیون حاصل از تسهیلات مرابحه‌ای بانک‌ها و شرکت‌های لیزینگ را خریداری (تنزیل) می‌کند که از جهت فقهی شبیه نوع اول می‌باشد (موسویان، ۱۳۸۸).

۲- انحلال و تصفیه اوراق بهادار مرابحه

برای پایان یافتن روند انتشار اوراق مرابحه، امکان تصور دو فرض وجود دارد. در فرض اول، سررسید اوراق مرابحه فرا می‌رسد؛ که در این حالت بانی باید در موعد مقرر با دارندگان اوراق مرابحه تصفیه نماید. فرض دوم مربوط به این حالت است که اهداف اوراق مرابحه به دلیل بروز مشکلاتی محقق نمی‌شود و به اصطلاح منحل می‌گردد. برای این انحلال دلایل احتمالی متعددی قابل تصور می‌باشد. در این مبحث ابتدا به انحلال اوراق مرابحه و دلایل احتمالی آن و سپس به تصفیه اوراق مرابحه می‌پردازیم.

۲-۱- انحلال اوراق مرابحه

انحلال اوراق مرابحه به دو صورت قهری یا اختیاری ممکن است واقع شود. انحلال اوراق مرابحه فرآیندی است که در آن اوراق مرابحه پایان می‌پذیرد و تکالیف طرفین اوراق به پایان می‌رسد. در این هنگام اصل و سود اوراق محاسبه و به دارندگان اوراق پرداخت می‌شود. در این گفتار به اسباب انحلال اوراق در دو حالت قهری و اختیاری می‌پردازیم.

۲-۱-۱- انحلال قهری

در مورد انحلال قهری اوراق مرابحه سه احتمال مطرح است. که این احتمالات عبارتند از: تلف شدن عین موضوع اوراق مرابحه، غیرقابل انجام شدن مقصود مورد نظر از انتشار اوراق مرابحه و در نهایت ورشکستگی بانی؛ که ذیلاً به بررسی هریک می‌پردازیم.

الف) تلف شدن کلی عین

مهمترین نکته در مورد تلف شدن عین، زمان اتمام عین می‌باشد. توضیح آنکه پس از آنکه نهاد واسط با سرمایه‌های جمع‌آوری شده از فروش اوراق اقدام به خرید کالای موضوع اوراق مرابحه نمود؛ در این زمان نهاد واسط اقدام به انعقاد قرارداد فروش براساس عقد مرابحه با بانی خواهد نمود. پس از انعقاد این قرارداد، تلف شدن کالای موضوع انتشار اوراق مرابحه در یکی از دو زمان ذیل ممکن است رخ دهد که هر کدام نتایج و احکام خاص خود را در پی خواهد داشت.

۱) تلف شدن مبیع قبل از قبض مال توسط بانی: در این حالت براساس ماده ۳۸۷ قانون مدنی (اگر مبیع قبل از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع، منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت، تلف از مال مشتری خواهد بود) که مدلول قاعده «تلف المبیع قبل القبض فهو من مال البایع» نیز می‌باشد؛ مسئولیتی متوجه خریدار که در اینجا بانی است نمی‌باشد. در این حالت عقد مرابحه منفسخ می‌شود لکن از آنجا که کالا بیمه شده است، قیمت کالا دوباره به نهاد واسط مسترد می‌گردد. با این وجود نهاد واسط می‌تواند برای خرید مجدد دارایی و فروش آن به بانی اقدام نماید.

۲) تلف شدن مال بعد از قبض مال توسط بانی: اگر تلف مبیع در زمانی که مبیع در ید خریدار که بانی می‌باشد اتفاق بیفتد، این واقعه هیچ مسئولیتی را متوجه نهاد واسط و یا دارندگان

اوراق مربحه نمی‌کند، بلکه این بانی و در مقام بعدی ضامن اوست که باید از عهده پرداخت سود و همچنین اصل قیمت مقرر در مواعد معینه برآید.

ب) غیر قابل انجام شدن مقصود مورد نظر از انتشار اوراق مربحه

بانی در انتشار اوراق مربحه به دنبال اهداف مورد نظر خود می‌باشد. به طور مثال بانی با این روش قصد تکمیل خط تولیدی خود و یا گسترش فعالیت‌ها با خرید املاک مجاور خود و... را دارد. زمانی که رسیدن به این مقاصد برای بانی با مانع روبرو گردد، اوراق مربحه اهمیت خود را از دست می‌دهد و چون انعقاد عقد مربحه با بانی ممکن نیست، از این رو اوراق مربحه منحل خواهد شد و اصل سرمایه باید به دارندگان اوراق مسترد شود. ایجاد مانع برای مقصود بانی نباید از سوی خود بانی یا نهاد واسط باشد، بلکه این مانع باید بوسیله عوامل خارجی ایجاد شود تا استناد به فورس ماژور برای نهاد بانی ممکن گردد. در غیر این صورت اگر مانع پیش آمده منتسب به اعمال بانی یا واسط باشد، جبران خسارت اوراق بر عهده آنان خواهد بود. از جمله این موانع می‌توان به ممنوعیت های قانونی که دولت‌ها در امر صادرات و واردات کالاها ایجاد می‌کنند اشاره نمود.

ج) ورشکستگی بانی

به موجب صدر ماده ۴۱۲ قانون تجارت، ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که بر عهده اوست حاصل می‌شود. همچنین از ماده ۴۱۳ قانون مذکور بر می‌آید که وقفه در تأدیه قروض یا سایر تعهدات نقدی موجب توقف بازرگانان است. بنابراین:

شرط اول ورشکستگی، تاجر یا شرکت تجاری بودن است. پس با توجه به تعریف تاجر و شرکت تجاری نمی‌توان افراد عادی یا سازمان‌های غیر تجاری را ورشکسته دانست.

شرط دوم داشتن اهلیت قانونی برای اشتغال به تجارت است والا اگر شخص محجوری معاملات تجاری انجام دهد و دچار توانائی در تأدیه فروش گردد ورشکسته محسوب نخواهند شد.

شرط سوم تعلق ورشکستگی به اعمال تجاری است. بنابراین اگر کسی که شغل دیگری غیر از تجارت دارد به معاملات تجاری هم پردازد از این حیث مشمول مقررات ورشکستگی خواهد بود.

شرط چهارم این است که دیون تاجر مربوط به معاملات تجاری باشد والا دیون غیر تجاری مستلزم توقف نیست مگر اینکه اختلال در امور تجاری ایجاد نماید و رفع آن مقدور نباشد.

شرط پنجم این است که عدم پرداخت یک یا چند دین در نتیجه ناتوانی از تأدیه آنها باشد در غیر این صورت صرف عدم پرداخت مانند نکول براتی مستلزم ورشکستگی نخواهد بود.

شرط ششم این است که لازم نیست دارائی تاجر کمتر از بدهی وی باشد بلکه اگر نتواند بدهی خود را بپردازد ورشکسته است چه ممکن است تاجر به دارائی خود دسترسی نداشته یا نقدینگی کافی یا کالای قابل فروش نداشته باشد و نتواند بدهی های خود را بپردازد به عبارت دیگر یا استطاعت تأثیری در امر توقف ندارد بلکه ملاک آن وقفه در پرداخت دیون است گرچه کمتر از دارائی تاجر باشد. به موجب ماده ۴۱۳ قانون تجارت، تاجر باید در ظرف سه روز از تاریخ وقفه که در تأدیه قروض او حاصل شده است توقف خود را به دفتر محکمه بدایت محل اقامت خود اظهار نموده صورت حساب دارائی و کلیه دفاتر تجاری خود را به دفتر محکمه مزبور تسلیم نماید. و ماده ۴۱۵ تصریح کرده که ورشکستگی تاجر به حکم محکمه بدایت در موارد زیر نیز اعلام می-شود:

الف - به موجب اظهار خود تاجر

ب- به موجب تقاضای یک یا چند نفر از طلبکاران

ج- به موجب تقاضای مدعی العموم بدایت

در مورد شرکتهای تجاری هم این حکم صادق است و به جای تاجر مدیرعامل یا مدیران شرکت تجاری اعلام خواهند کرد. موضوع اخیر در ذیل ماده ۴۱۴ قانون تجارت ایران به این نحو قید شده که: (در صورت توقف شرکتهای تضامنی، مختلط یا نسبی اسامی و محل اقامت کلیه شرکاء ضامن نیز باید ضمیمه شود)

بند ۲ ماده یک دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مقرر می دارد، بانی، شخص حقوقی است که نهاد واسط برای تأمین مالی وی در قالب عقود اسلامی، اقدام به انتشار اوراق مرابحه می نماید. براین اساس بانی باید شخص حقوقی باشد و این شخص حقوقی می تواند عمومی یا خصوصی باشد. شخص حقوقی خصوصی هم یا شرکت تجاری است یا موسسه غیر تجاری. در این صورت بانی ممکن است تاجر یا غیر تاجر باشد و بدین ترتیب ممکن است شرط ورشکستگی را داشته باشد یا خیر. در صورتی که بانی، شرکت تجاری باشد امکان ورشکستگی قابل تصور است.

براساس قاعده منع مداخله مندرج در ماده ۴۱۸ قانون تجارت، تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود حتی آنچه که ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است. در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن موثر در تأدیه دیون او باشد مدیرتصفیه قائم مقام قانونی ورشکسته بوده و حق دارد بجای او از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کند.

براساس این مقررہ بلافاصله پس از صدور حکم ورشکستگی بی آنکه لازم باشد حکم ابلاغ گردد، آزادی تاجر محدود می گردد. همچنین این ماده نتایج دیگری نیز در پی دارد؛ از جمله:

۱. تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم ورشکستگی حق عقد قراردادی که موثر در حقوق هیئت طلبکاران باشد ندارد.

۲. از تاریخ صدور حکم ورشکستگی هرگونه پرداختی به طلبکاران یا اشخاص دیگر ممنوع است و مدیر تصفیه می تواند مبلغ پرداخت شده را از شخص دریافت کننده مطالبه کند.

۳. هرگاه یکی از طلبکاران تاجر ورشکسته بعد از صدور حکم ورشکستگی متقابلاً به ورشکسته بدهکار شود تهاثر صورت نمی گیرد و بدهکار تاجر باید مبلغ بدهی خود را به مدیر تصفیه بپردازد.

۴. تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم ورشکستگی حق انعقاد قرارداد داوری ندارد (اسکینی، ۱۳۸۷).

عقودی که تاجر منعقد کرده است از نظر زمانی به سه دسته تقسیم می شود:

دسته نخست عقود است که قبل از تاریخ توقف تاجر منعقد می گردد. اینگونه معاملات علی الاصول صحیح و طلبکاران تاجر ورشکسته حق تعرض به این معامله را جز در مواردی که به قصد فرار از دین باشد ندارند. در مورد اوراق مرابحه در این حالت، قرارداد مرابحه‌ای که میان بانی و نهاد واسط منعقد شده، صحیح خواهد بود و طرفین باید به تعهدات خود عمل کنند و اوراق مرابحه منحل نمی شود. اما مشکل آن جاست که عقد مرابحه با اینکه قبل از ورشکستگی منعقد شده لکن پرداخت اقساط در زمان ورشکستگی واقع می شود و تأدیة آنها ممنوع می باشد. براساس مواد قانون تجارت دارندگان اوراق نیز مانند سایر دیان بایستی در صف غرما قرار بگیرند. در نتیجه دارندگان اوراق زمانی می توانند به اصل و سود اوراق دست یابند که دیون تاجر تصفیه شده باشد و به هرکدام از غرما به نسبت طلبش سهمی پرداخت گردیده باشد. البته نهاد واسط و دارندگان اوراق می توانند برای دریافت اقساط به ضامن مراجعه نمایند.

دسته دوم عقود است که بعد از تاریخ توقف تاجر تا قبل از صدور حکم ورشکستگی منعقد می شود. تاجر در این دوره در وضعیتی است که تمامی اعمال وی مشکوک تلقی می شود. در همین راستا قانونگذار برخی اعمال تاجر را با سوء ظن نگاه کرده، باطل تلقی می کند مانند صلح محاباتی یا هبه یا بطور کلی هر نقل و انتقال بلا عوض. اما معاملات معوض در این دوران باطل اعلام نشده و برای بطلان آن شرط ورود ضرر به طلبکاران ضروری است. در این حالت که بانی در مرحله توقف و

ورشکستگی قرار دارد، وضعیت از لحاظ عقد مرابحه مشکلی ندارد لکن پرداخت اقساط از سوی بانی با ممنوعیت مواجه خواهد شد.

در مرحله سوم و زمانی که حکم ورشکستگی هم صادر شده باشد، انعقاد عقد مرابحه با بانی صحیح نخواهد بود. البته احتمال وقوع چنین حالتی تقریباً غیر ممکن است چون پیش از انعقاد عقد مرابحه شرایط ویژه ای برای بانی در دستورالعمل تعیین شده است.

۲-۱-۲- انحلال اختیاری

منظور از انحلال اختیاری اوراق مرابحه، وضعیتی است که اوراق مطابق با توافقات به عمل آمده؛ یا به علت سپری شدن مدت معین شده برای اوراق بهادار مرابحه و یا به دلیل تأمین گشتن هدف معین شده برای انتشار اوراق بهادار مرابحه منحل می شوند. ذیلاً به بررسی دو حالت مذکور می پردازیم.

الف) سپری شدن مدت معین شده برای اوراق بهادار مرابحه

از ابتدای انتشار اوراق مرابحه یکی از مهمترین اطلاعاتی که باید در بیانیه ثبت اوراق مرابحه نیز قید گردد مدت اوراق است. مدت اوراق نیز معمولاً تابعی از مدت مندرج در قرارداد مرابحه منعقد شده میان بانی و نهاد واسط می باشد. البته برای تعیین دوره عمر اوراق باید به مفاد ماده ۱۶ و تبصره ذیل آن توجه نمود که مقرر می دارد: دوره عمر اوراق نمی تواند بیش از باقیمانده عمر اقتصادی دارایی باشد. تبصره: دوره عمر اوراق مرابحه به منظور خرید مواد و کالا حداکثر دو سال خواهد بود.

این مدت توسط نهاد واسط به اطلاع متقاضیان اوراق مرابحه در اطلاعیه هایی که برای پذیره نویسی منتشر می شود رسیده و مورد توافق خریداران اوراق نیز قرار می گیرد. پس از پایان این مدت باید با خریداران اوراق تصفیة کامل صورت بگیرد.

ب) تأمین گشتن هدف معین شده برای انتشار اوراق بهادار مرابحه

در این حالت هدفی را که بانی از انتشار اوراق مرابحه برای خود ترسیم کرده بود؛ پیش از موعد مقرر در اوراق مرابحه محقق می شود. بطور مثال بانی با انتشار اوراق مرابحه به دنبال توسعه فعالیت تولیدی خود با خرید دستگاه های صنعتی می باشد. پس از تأمین مالی از طریق انتشار اوراق مرابحه با گذشت مدتی از توسعه فعالیت ها، این توسعه فعالیت ها موجب سود آوری بیشتر برای بانی می شود تا حدی که بانی می تواند اقدام به تصفیة کامل اوراق نموده و بدین ترتیب سود کمتری از بابت تأخیر در پرداخت ثمن باید بپردازد.

۲-۲- تصفیه اوراق مرابحه

با انحلال اوراق به هر کدام از دلایل قهری و اختیاری، نوبت به تصفیه اوراق مرابحه می‌رسد. تصفیه اوراق باید به نحوی باشد که دارندگان اوراق به اصل و سود اوراق خویش دست یابند. در این گفتار به امر تصفیه اوراق مرابحه می‌پردازیم.

آنچه در تصفیه اوراق مرابحه به دارندگان اوراق می‌رسد عبارت است از سود حاصل از فروش نسبه دارایی براساس عقد مرابحه که هزینه‌هایی همچون حق الزحمه شرکت کنندگان در اوراق مرابحه از قبیل نهاد واسط، عامل پرداخت و امین، نقل و انتقال کالا و . . . از آن کسر می‌شود. بر این اساس سود صاحبان اوراق مرابحه از رابطه ذیل محاسبه می‌شود.

$$\pi = \sum_{i=1}^n gi + \left(\sum_{i=1}^n (Ri + Pi) \right) - \sum_{j=1}^n Cj$$

در این رابطه،

$\sum_{i=1}^n gi$: اصل سرمایه است که در ابتدا جمع‌آوری شده و سپس به وسیله آن دارایی پایه اوراق خریداری شده است.

$\sum_{i=1}^n Ri$: میزان دقیق سود حاصل از فروش براساس عقد مرابحه می‌باشد.

$\sum_{i=1}^n Pi$: سود حاصل از فروش دارایی پایه به صورت اقساطی به بانی می‌باشد.

$\sum_{j=1}^n Cj$: مجموعه هزینه‌هایی از قبیل هزینه تملک دارایی پایه، بیمه دارایی تا قبل از فروش، حق الزحمه‌های عوامل دخیل در انتشار اوراق مانند امین، عامل پرداخت و . . . می‌باشد که در طی انتشار اوراق مرابحه ایجاد شده است.

براساس ماده ۱۹ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره مصوب ۱۳۸۹/۵/۱۱ شورای عالی بورس و اوراق بهادار و همچنین تبصره همین ماده چگونگی پرداخت‌های مرتبط با اوراق اجاره تبیین شده است. ماده مذکور مقرر می‌دارد؛

پرداخت‌های مرتبط با اوراق اجاره به دو صورت زیر مجاز می‌باشد:

(۱) پرداخت کامل مبلغ اجاره‌بها در مواعد پرداخت تا سررسید نهایی،

(۲) پرداخت بخشی از اجاره‌بها در مواعد پرداخت تا سررسید نهایی و تصفیه مابقی منافع اوراق

اجاره در سررسید نهایی،

تبصره: منافع نهایی ناشی از مدیریت وجوه اجاره‌بها تا سررسید نهایی، در سررسید اوراق اجاره محاسبه و به دارندگان اوراق اجاره پرداخت خواهد شد.

این درحالی است که هیچگونه مقرره ای در دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مصوب ۹۰/۹/۲۶ در مورد چگونگی پرداخت‌های مرتبط با اوراق مرابحه وضع نشده است.

نتیجه‌گیری

با توجه به اینکه مطالب مقاله در دو قسمت ارائه شد؛ قصد آن داریم که نتیجه‌گیری را نیز در دو قسمت ارائه نماییم.

در قسمت اول در ابتدا گفته شد که کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار پس از بررسی چهار نوع از اوراق مرابحه طی مصوبه‌ای بر اساس استدلال‌هایی حکم به صحت انواع اول، سوم و چهارم نموده است.

سپس مهمترین مباحث حول صحت یا عدم صحت بیع‌العینه که نوع دوم از اوراق مرابحه براساس آن طراحی گردیده مطرح شد. در این بحث قول مشهور مبنی بر عدم صحت بیع‌العینه‌ای که با تبانی منعقد شده باشد با ارائه نظر امام خمینی (ره) و استدلال‌های محکم ایشان به چالش کشیده و مخدوش گردید. نظر به اینکه در بسیاری از تقنینات صورت گرفته در نظام جمهوری اسلامی، از جمله قانون مهم مجازات اسلامی که بحث دماء و نفوس افراد مطرح است، بیشتر مواد آن برگرفته از تحریرالوسیله امام خمینی می‌باشد؛ نظر فقهی امام خمینی ملاک بوده است؛ شاید بتوان با توسل به نظرات ایشان در باب بیع‌العینه روزه‌های جدیدی در تأیید شرعی این بیع گشود و در پی این امر بتوان حکم به صحت نوع دوم از اوراق مرابحه یعنی اوراق مرابحه تأمین نقدینگی نمود.

در قسمت دوم نیز ابتدا مباحثی از صور انحلال اوراق مرابحه طرح گردید و در ادامه به بحث تصفیه اوراق اشارتی رفت. در مورد انحلال اوراق مرابحه در صورت ورشکستگی بانی از آنجا که مطابق بند ۲ ماده یک دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه (مصوب ۹۰/۰۹/۲۶ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار) که مقرر می‌دارد، "بانی، شخص حقوقی است که نهاد واسط برای تأمین مالی وی در قالب عقود اسلامی، اقدام به انتشار اوراق مرابحه می‌نماید؛" بانی باید شخص حقوقی باشد و این شخص حقوقی می‌تواند عمومی یا خصوصی باشد. شخص حقوقی خصوصی هم یا شرکت تجاری است یا موسسه غیرتجاری. در این صورت بانی ممکن است تاجر یا غیرتاجر باشد و بدین ترتیب احتمال دارد مشمول مقررات ورشکستگی نباشد. مطابق مقرره مذکور تنها در صورتی که بانی، شرکت تجاری باشد امکان مشمول مقررات ورشکستگی قابل تصور است. در نتیجه اگر بانی شرکت تجاری نباشد بالتبع در صورت عدم توانایی در بازپرداخت دیون مشمول

قاعده منع مداخله که از قواعد مهم ورشکستگی می‌باشد نبوده و این امر موجب تهدید سرمایه خریداران اوراق خواهد گردید.

اما در مورد تصفیۀ اوراق مرابحه همانطور که گفته شد، در دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه برخلاف دستورالعمل انتشار اوراق اجاره هیچ مقرره‌ای در مورد پرداخت‌های مرتبط با اوراق مرابحه به دارندگان این اوراق وضع نگریده است. که این نقص و خلأ قانونی با توجه به اهمیت آن که ناشی از ارتباط با حقوق دارندگان اوراق می‌باشد، به نظر نگارنده باید در اولین بازبینی این دستورالعمل رفع گردد.



منابع و مأخذ

۱. اسکینی، ربیعا. (۱۳۸۷). حقوق تجارت ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران، انتشارات سمت.
۲. بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. (۱۳۸۱). ربا، قم، بوستان کتاب.
۳. بنی هاشمی خمینی، سید محمدحسن. (۱۳۸۷). توضیح المسائل مراجع عظام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۲.
۴. خمینی، روح الله الموسوی. (۱۳۷۶). استفتائات، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۲.
۵. داوودی، پرویز و نظری، حسن و میرجلیلی، سید حسین. (۱۳۷۴). پول در اقتصاد اسلامی، تهران، انتشارات سمت.
۶. صالح آبادی، علی. (۱۳۸۵). بازارهای مالی اسلامی، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۷. فراهانی فرد، سعید. (۱۳۸۱). سیاست‌های اقتصادی در اسلام، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۸. کمیسیون اوراق بهادار مالزی. (۱۳۸۵). مصوبات شورای مشورتی شرعی کمیسیون اوراق بهادار مالزی، ترجمه مهدی نجفی و سید سعید شمس‌نژاد، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۹. مازندرانی، علی اکبر سیفی. (بی تا). دلیل تحریر الوسیله - فقه الربا، قم.
۱۰. معاونت آموزش قوه قضائیه. (۱۳۸۴). مجموعه نظرات مشورتی فقهی در امور حقوقی، قم، نشر قضا.
۱۱. مقدسی، محمدرضا. (۱۳۷۳). سیاست‌های پولی، انتخاب ابزاری به عنوان جایگزین، تهران، معاونت امور اقتصادی وزارت امور اقتصادی و دارایی.
۱۲. مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، جمعی از مؤلفان. (بی تا). مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۳۴.
۱۳. ب. عربی:
۱۴. انصاری، محمد علی. (۱۴۲۷ ق). موسوعه الفقهیه، قم، مجمع فکر اسلامی، ج ۷.
۱۵. بحرانی، آل عصفور. (۱۴۰۵ ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۷.
۱۶. ذبیانی، عبدالمجید عبدالحمید. (۱۴۰۲ ق). دراسات حول المال و المعاملات فی الشریعة الاسلامیة، بیروت، الدار الجماهيریة للنشر و التوزیع و الاعلان.
۱۷. زحیلی، وهبه. (۱۴۰۹ ق). الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر، ج ۴.

۱۸. جواهری، حسن محمد تقی. (۱۴۰۸ ق). الربا فقہیا و اقتصادیا، بیروت، دارالمرتضی.
۱۹. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی. (بی تا). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل (ط - القديمة)، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ج ۱.
۲۰. حسینی روحانی قمی، سید صادق. (۱۴۲۹ ق). منهاج الفقاهه، قم، انوار الهدی، ج ۶.
۲۱. حکیم، السید محسن الطباطبایی. (۱۴۰۰ ق). منهاج الصالحین، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ج ۷.
۲۲. حلّی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۳ ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۲.
۲۳. حلّی، الحسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۶ ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مرکز الابحاث والدراسات الاسلامیه، مکتب الاعلام الاسلامی، مرکز النشر، ج ۵.
۲۴. حلّی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۱ و ۲.
۲۵. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن. (۱۴۱۲ ق). نکت النهایه - النهایه و نکتها، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۲.
۲۶. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام (تک جلدی)، قم، انتشارات دارالهدی.
۲۷. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (بی تا). تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ج ۲.
۲۸. خمینی، روح الله الموسوی. (۱۴۰۹ ق). کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ج ۵.
۲۹. خمینی، روح الله الموسوی. (۱۳۷۵). تحرير الوسیله، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۰. سبزواری، محقق، محمد باقر بن محمد مؤمن. (بی تا). کفایه الأحکام، اصفهان: انتشارات مهدوی، ج ۱.
۳۱. سیستانی، السید علی الحسینی. (۱۴۱۷ ق). منهاج الصالحین، قم، مکتب آیه الله السید السیستانی، ج ۲. شهید اول، عاملی، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ ق). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۳۷.
۳۲. شهید ثانی، الجبجعی العاملی، زین الدین. (۱۴۰۳ ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۴.

٣٣. شهيد ثانی، الجبعی العاملی، زین الدین بن علی. (١٤١٣ هـ ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ج ٤.
٣٤. شيخ علي بن الحسين الكركي المحقق الثاني. (١٤٠٣ق). جامع المقاصد في شرح القواعد، بيروت، دار احياء التراث العربي، مؤسسة الوفاء، ج ٥ و ٤.
٣٥. شيخ مفيد، محمد بن محمد بن نعمان عكبري. (١٤١٣ق). المقنعه، قم، كنگره جهاني هزاره شيخ مفيد(ره)
٣٦. صدر، الشهيد السيد محمد باقر. (١٤٠١ق). البنك اللاربوي في الاسلام، بيروت، دارالتعارف للمطبوعات.
٣٧. طوسي، ابو جعفر محمد بن حسن. (١٤٠٧ق). الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ج ٣.
٣٨. عاملی، حرّ، محمد بن حسن. (١٤٠٩ق). تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ج ١٨ و ٢٣.
٣٩. عاملی، سيد محمد جواد الحسيني. (١٤١٩ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، بيروت، دار احياء التراث العربي، ج ٥.
٤٠. عاملی، شهيد اول، محمد بن مكي. (١٤١٤ق). غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، قم، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم، ج ٢.
٤١. فياض، الشيخ محمد اسحاق. (بی تا). احكام البنوك و الاسهم و السندات و الاسواق الماليه (البورصة)، قم، مكتب الشيخ محمد اسحاق فياض.
٤٢. كاشاني، فيض، محمد محسن ابن شاه مرتضى. (بی تا). مفاتيح الشرائع، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفی(ره)، ج ٣.
٤٣. مؤمن قمی، محمد. (١٤١٥ ق) كلمات سديده في مسائل جديدة، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٤٤. نانینی، ميرزا محمد حسين غروي. (١٣٧٣ ق)، منية الطالب في حاشية المكاسب، تهران، المكتبة المحمدية، ج ٢.
٤٥. نجفی، الشيخ محمد حسن. (١٩٨١ م). جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، بيروت، دار احياء التراث العربي، ج ٢٤ و ٢٣.
٤٦. وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية. (١٤٠٤ ق). موسوعه كويتيه، الكويت، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، ج ٩ و ٢١.

۴۷. موسوی، سید باقر. (پاییز ۱۳۸۱). "خرید و فروش دین"، فصلنامه اقتصاد اسلامی، شماره هفتم، قم.
۴۸. موسویان، سیدعباس. (بهار و تابستان ۱۳۸۸). "صکوک مباحه"، دوفصلنامه جستارهای اقتصادی، شماره یازدهم، قم.

49. <http://www.pajoohe.com/fa/index.php?Page=definition&UID=4327>

