

## رابطه حقوقی ناشر و سرمایه‌گذاران در اوراق اجاره، مراجعه و مضاربه

مهدی باقری<sup>۱</sup>، علی رفیعی مقدم<sup>۲</sup>

**چکیده:** اوراق صکوک از ابزارهای مالی جدیدی هستند که در کشورهای اسلامی برای مطابقت با احکام شرع، به آن توجه می‌شود. در فرآیند انتشار صکوک، نهادها و اشخاص مختلفی درگیرند که سبب بروز روابط حقوقی متفاوتی می‌شود. شناخت ماهیت حقوقی این روابط، برای مشخص کردن حقوق و تکالیف هر یک از طرفین، اهمیت فراوان دارد. از جمله روابطی که در تمامی صکوک وجود دارد، رابطه ناشر و سرمایه‌گذاران است. ناشر از طرف سرمایه‌گذاران و با مبالغ آنها، اعمال حقوقی مشخصی را انجام می‌دهد. ماهیت حقوقی این پیوند با عقود مختلفی مانند اجاره اشخاص، حق العمل کاری و وکالت قابل تحلیل است. پژوهش حاضر از نظر ماهیت و نوع، تحلیلی - توصیفی است که به شیوه کتابخانه‌ای و استفاده از منابع الکترونیکی انجام شده است. در مقاله حاضر، بعد از بررسی احتمال حکومت این عقود بر پیمان یادشده، نتیجه آن می‌شود که در شرایط کنونی، بهترین گزینه برای حکومت بر این پیوند، ماده ۱۰ قانون مدنی است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

واژه‌های کلیدی: اصل آزادی قراردادها، اوراق اجاره، سرمایه‌گذاران، مراجعه و مضاربه، ناشر.

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید باهنر، کرمان، ایران

۲. استادیار حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۲/۰۴/۰۸

تاریخ پذیرش نهایی مقاله: ۱۳۹۲/۰۶/۱۷

نویسنده مسئول مقاله: مهدی باقری

E-mail: mahdi.bagheri@gmail.com

## مقدمه

صکوک یکی از روش‌های تأمین مالی است که در چند سال گذشته گسترش فراوان یافته است. این ابزارهای مالی اسلامی در پی نیاز مسلمانان به شیوه‌ای عاری از ربا، به وجود آمده‌اند و از میان آنها چند نمونه در کشور ما یا به مرحله انتشار رسیده‌اند یا در چند سال آینده منتشر می‌شوند که عبارتند از: اوراق اجاره، مرابحه، مضاربه و استصناع.

در فرآیند عملیاتی این اوراق، نهادهای زیادی دخالت دارند. برخی از آنها اگر نباشند، انتشار اوراق صورت نمی‌گیرند و دسته‌ای دیگر، وجودشان تنها برای کاهش انواع ریسک‌هایی است که انتشار صکوک به دنبال دارد. بانی و سرمایه‌گذاران جزء گروه اول و نهاد واسط، ضامن، عامل پرداخت، عامل فروش، امین و چند نهاد دیگر، جزء گروه دوم قرار دارند.

بررسی حقوقی ابزارهای مالی مزبور، بعد جدیدی است که در سال‌های اخیر توجه حقوق‌دانان را به خود جلب کرده است. یکی از مباحث حقوقی که بررسی آن افزون بر جنبه علمی و نظری، دارای فواید کاربردی در زمینه تنظیم مقررات نیز هست، ارزیابی ماهیت حقوقی پیوند میان هر یک از ارکان یادشده است.

## بیان مسئله

یکی از پیوندهای مهمی که شرایط خاصی دارد، ارتباط نهاد واسط با سرمایه‌گذاران است. در فرآیند انتشار اوراق مورد بحث، هر یک از این دو رکن نقش و تأثیر زیادی دارند. از یک سو تا سرمایه و پول سرمایه‌گذاران نباشد، انتشار ورقه صکوک بی‌نتیجه می‌ماند؛ زیرا هدف اصلی در تمامی صکوک گردآوری سرمایه اشخاص متقاضی سرمایه‌گذاری برای استفاده در فعالیت‌های مختلف اقتصادی است و وقتی اشخاصی نباشند، هدفی که برای آن صکوک منتشر شده، عقیم می‌ماند. از سوی دیگر، اهمیت وجود شرکت ناشر به منزله مؤسسه‌ای که وظیفه انتشار را بر عهده دارد نیز انکارکردنی نیست. طراحان صکوک برای کاهش ریسک این اوراق که موجب ترغیب اشخاص در این حوزه می‌شود، دو نهاد بانی و ناشر را از هم جدا کرده‌اند و وظیفه نشر اوراق را به مؤسسه‌ای محول کرده‌اند که جدای از بانی است و فعالیتش فقط انتشار اوراق بهادار برای تأمین مالی شرکت بانی است.

ارتباطی که بین ناشر و دارندگان اوراق وجود دارد را می‌توان از دو زاویه بررسی کرد. از یک سو ارتباط و نوع عمل حقوقی حاکم بین ناشر و سرمایه‌گذاران را می‌توان از دید رابطه‌ای ارزیابی کرد که با بانی دارند. از سوی دیگر اینکه پیوند یادشده به صورت مستقل و جدای از نقش و ارتباط شرکت بانی بررسی شود. آنچه در اینجا مورد تحلیل و مطالعه قرار می‌گیرد، ارزیابی رابطه از زاویه دوم است.

### **پیشینه پژوهش**

#### **پیشینه نظری**

از بین عقود معین در قانون، تعدادی هستند که در جوهره آنها نوعی نمایندگی وجود دارد. قراردادهایی مانند وکالت، مضاربه، شرکت، مزارعه، مساقات و غیره از این دسته‌اند. ارتباط ناشر و سرمایه‌گذاران می‌تواند تابع برخی از عقود مزبور باشد. افزون بر این، ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها نیز از دیگر احتمالاتی است که می‌تواند حاکم بر رابطه گفته شده باشد.

#### **پیشینه تجربی**

جدید بودن مسائل و مباحث اوراق صکوک موجب شده که نظرات و اندیشه‌های اندیشمندان در این حوزه بسیار محدود باشد. این امر در مورد رابطه عناصر اصلی اوراق مورد بحث بیشتر است؛ به گونه‌ای که در مورد رابطه ناشر و سرمایه‌گذاران نظرات متخصصان مشابه یکدیگر است و تمامی ایشان رابطه بالا را تابع عقد وکالت می‌دانند (موسویان، ۱۳۹۰: ۳۶۶؛ گلستانی، ۱۳۸۹؛ موسویان، کاوند و ردادی، ۱۳۸۹؛ موسویان و فراهانی فرد، ۱۳۸۵؛ رحیمی، ۱۳۸۹، ۷۷؛ سروش و صادقی، ۱۳۸۶؛ فنواتی و داوری لنگرودی، ۱۳۹۰؛ مصباحی مقدم، رحیمی و کاوند، ۱۳۸۹).

### **روش پژوهش**

از آنجا که مطالب یاد شده در باب عقود معین، با ماهیت رابطه مزبور مقایسه و تحلیل می‌شود و برخی مسائل توصیفی نیز برای روشن شدن پاره‌ای از موضوعات بیان می‌شوند، پژوهش حاضر، از نظر ماهیت و نوع، تحلیلی - توصیفی است. افزون بر این، مباحث این نوشتار می‌تواند در وضع مقررات جدید و تصحیح قوانین موجود در راستای حقوقی‌تر شدن آنها، برای نهادهای صالح جنبه کاربردی نیز داشته باشد. شیوه گردآوری اطلاعات مقدماتی، کتابخانه‌ای و استفاده از منابع الکترونیکی است.

### **یافته‌های پژوهش**

برای روشن شدن ماهیت حقوقی پیوند بالا، مقاله حاضر را به دو قسمت تقسیم می‌شود؛ ابتدا عقود معینی بررسی می‌شوند که می‌توانند بر این رابطه حاکم باشند و سپس احتمال حکومت اصل آزادی قراردادها مورد ارزیابی قرار می‌گیرد تا زمینه‌های نتیجه‌گیری نهایی شود.

### عقود معین حاکم بر ماهیت حقوقی رابطه ناشر و سرمایه گذاران

برای مشخص شدن این مطلب، در ادامه قراردادهای معینی مورد تحلیل قرار می‌گیرند که می‌توانند بر این ارتباط حکومت کنند.

#### اجاره اشخاص

اجاره اشخاص عقدی است معوض که به موجب آن شخصی در برابر اجرت معین ملتزم می‌شود کاری انجام دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۸- الف: ۲۴۱). طبق ماده ۵۱۲ قانون مدنی: «در اجاره اشخاص، کسی که اجاره می‌کند مستاجر و کسی که مورد اجاره واقع می‌شود، اجیر و مال الاجاره اجرت نامیده می‌شود».

تحلیل رابطه ناشر و دارندگان اوراق طبق این احتمال چنین می‌شود: وقتی که ناشر اوراق را انتشار می‌دهد و سرمایه‌گذاران اقدام به تهیه آنها می‌کنند، در ضمن این فعل و انفعال، دارندگان ناشر را به منزله اجیر خود برمی‌گزینند تا با مبالغی که در دست دارد، اعمال تجاری را که لازم است، انجام دهد و سود حاصل را بین مستاجران که همان صاحبان اوراق هستند، تقسیم کند. طبق این دیدگاه، ارتباط ناشر و سرمایه‌گذاران، ارتباط اجیر و مستاجر است و قراردادی که بر این ماهیت حقوقی حکومت دارد و آثار آن را مشخص می‌کند، اجاره اشخاص است و برای مشخص کردن تعهدات هر یک از این دو رکن باید به مقررات قانون مدنی در این باب مراجعه کرد. تحلیل پیوند ناشر و سرمایه‌گذاران به وسیله عقد اجاره اشخاص، تا حدود زیادی آثار رابطه بیان شده را پوشش می‌دهد، منتها تحلیل و استدلال براساس این عقد با دقت در تعاریفی که از هر یک از اوراق اجاره، مباحه و مضاربه وجود دارد، صحیح به نظر نمی‌رسد.<sup>۱</sup> به بیان دیگر، وقتی در تعریف اوراق مزبور دقیق می‌شویم، به نکته‌ای می‌رسیم که مانع پذیرش نتیجه بالا می‌شود. آن نکته، اعطای نمایندگی از سوی سرمایه‌گذاران به ناشر است (جمال‌الدین و عبدالمطلب، ۲۰۰۸). در اجاره اشخاص، اجیر ملتزم می‌شود کاری را در برابر عوض معین برای مستاجر انجام دهد یا به تعبیر نویسندگان قانون مدنی، منفعت خود را برای مدت معین یا کار معین به مستاجر تملیک کند. پس، هدف این است که دو تعهد با هم مبادله شود و بین آنها رابطه‌ای مانند مبیع و ثمن به وجود می‌آید و جز در مواردی که قانون اجازه داده است، هیچ یک از دو طرف نتواند پیمانی را که بسته است، برهم زند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۷۱). در واقع در اجاره اشخاص، اثر اصلی عقد، تعهد و التزام است و نیابت و امانت چهره فرعی و تبعی دارد (اسکینی، بهنام فرید، ۱۳۷۵)،

۱. برای مطالعه بیشتر در مورد تعریف اوراق اجاره، مباحه و مضاربه و نقد هر یک از این تعاریف، مراجعه کنید به: (باقری، ۱۳۹۱).

در حالی که پیوند بین ناشر و سرمایه‌گذاران نوعی اعطای نیابت معوض است؛ یعنی ثمن در مقابل پذیرش نیابت قرار می‌گیرد. پس، نمایندگی‌ای که توسط سرمایه‌گذاران به ناشر اعطا می‌شود، به وسیله اجاره اشخاص قابل توجیه نیست.

ایراد دیگری که وجود دارد، این است که اجاره ویژه اعمال مادی است و اجیر گرفتن در اعمال حقوقی راه ندارد. بر این اساس، با دقت در اعمالی که ناشر انجام می‌دهد، مشخص می‌شود این نهاد اعمالی مانند، خریدن، فروختن، اجاره دادن و انعقاد قرارداد مضاربه را انجام می‌دهد که همگی در زمره امور حقوقی هستند نه مادی. از این رو، با توجه به این مطلب، اجیر دانستن ناشر و تحلیل رابطه آن با دارندگان اوراق طبق مقررات عقد اجاره اشخاص، صحیح نیست.

### حق العمل کاری

حق العمل کاری نیز یکی از قراردادهایی است که جوهره نمایندگی در آن وجود دارد و به دلیل تخصصی شدن امور در قانون تجارت آمده است. این ماهیت با ساختاری که دارد، موجب ترویج و تسهیل معاملات می‌شود؛ زیرا بسیاری از بازرگانان وجود دارند که برخلاف سرمایه زیاد به مشتریان دسترسی ندارند و در این حالت می‌توانند از حق العمل کار استفاده کنند (کاتبی، ۱۳۸۰: ۲۷۳ و ۲۷۴).

طبق ماده ۳۵۷ قانون تجارت: «حق العمل کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری (امر) معاملاتی کرده، در مقابل، حق العملی دریافت می‌دارد». این نهاد با وجود شباهت‌های زیادی که با عقود مثل و کالت و مضاربه دارد، برای خود ماهیتی مستقل و جدای از این عقود دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۰۷؛ شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۴۱؛ ستوده تهرانی، ۱۳۸۰: ۴۸).

بر مبنای تحلیل دیگر، رابطه ناشر و سرمایه‌گذاران می‌تواند تابع حق العمل کاری باشد. بر این اساس، وقتی که سرمایه‌گذاران اوراق اجاره، مباحثه و مضاربه را خریداری می‌کنند، به نحو ضمنی ناشر اوراق را به منزله حق العمل کار خود تعیین می‌کنند تا به اسم خود و به حساب سرمایه‌گذاران اعمال تجاری موضوع اوراق مورد بحث را انجام دهد. در این حالت، دارندگان اوراق نقش امر قرارداد حق العمل کاری را دارند و مؤسسه ناشر به منزله حق العمل کاری که در مقابل عمل خود، اجرتی دریافت می‌کند.

تحلیل پیمان ناشر و سرمایه‌گذاران بر اساس حق العمل کاری، با توجه به تجاری بودن اعمال ناشر و اساس شکل‌گیری صکوک که جایگزینی آن به جای اوراق بهاداری مثل اوراق قرضه است، مناسب به نظر می‌رسد؛ زیرا حق العمل کاری نهاد حقوقی خاصی است که در حقوق قدیم

سابقه تأسیس نداشته (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۴۰) و این ماهیت در حقوق تجارت شکل گرفته و اساسی تجاری دارد.

افزون بر این، حق العمل کاری از جنبه‌های دیگر نیز بسیار با رابطه یادشده شباهت دارد. مانند اینکه اعمال موضوع اوراق اجاره، مرابحه و مضاربه به نام ناشر و با سرمایه دارندگان اوراق صورت می‌گیرد. همچنین حوزه فعالیت حق العمل کار مانند ناشر بسیار محدود است و آمر رهبری معاملات را به دست دارد و قیمت‌ها را مشخص می‌کند و افزون بر اینها، حق العمل کار مانند ناشر در سود معاملات و اعمال تجاری خود شریک نمی‌شود و حق الزحمه و اجرت خود را جدای از سود به دست آمده، دریافت می‌کند.

با وجود این حق العمل کاری هم برای حکومت بر رابطه مزبور، نقاط ضعفی دارد؛ مواردی که با دقت در ویژگی‌های این عقد به دست می‌آیند؛ در ادامه به صورت خلاصه بیان می‌شوند.

نخستین مطلبی که بایستی به آن توجه کرد، نقش آمر در حق العمل کاری است. حق العمل کار باید در حدود اختیارات و دستورات آمر عمل کرده، مصلحت او را رعایت کند (دمرچیلی، حاتمی، قرائی، ۱۳۹۰: ۷۰۱). در مورد اوراق مورد بحث نیز، با وجود اینکه ناشر باید مصلحت دارندگان را رعایت کند، در معنای واقعی از دارندگان دستوری دریافت نمی‌کند؛ یعنی نهاد واسطه حوزه فعالیت‌هایش مشخص است و عملی را که انجام می‌دهد هدفی است که به موجب اساس نامه نهادهای واسطه برای آن تعریف شده است؛ پس آن چنان که حق العمل کار بایستی مطابق امر و دستور آمر رفتار کند، در مورد نهاد واسطه صدق نمی‌کند و این نهاد، شرکت با مسئولیت محدودی است که موضوع فعالیتش مشخص و روشن است و هرگز به فرمان دارندگان اوراق، اقدام نمی‌کند.

مطلع کردن آمر، از وظایف دیگر حق العمل کار است.<sup>۲</sup> در رابطه ناشر و دارندگان اوراق چنین تکلیفی بر عهده نهاد ناشر نیست. این مطلب از قراردادهایی که تا به حال بسته شده‌اند و دقت در هدف شکل‌گیری این اوراق، مشخص می‌شود. در واقع تعهداتی که نهاد واسطه در برابر دارندگان اوراق دارد عبارتند از: نخست) رعایت و حفظ مصلحت دارندگان اوراق؛ دوم) پرداخت اجاره‌بهای دریافتی به دارندگان اوراق اجاره، پرداخت ثمن اقساطی به دارندگان اوراق مرابحه و پرداخت سود به دارندگان اوراق مضاربه؛ سوم) پرداخت اصل مبلغ حاصل از انتقال دارایی به شرکت بانی، در سررسید نهایی به دارندگان اوراق که این تکلیف تنها در نوع خاصی از اوراق اجاره وجود دارد.

۱. مستنبط از ماده ۳۶۴ قانون تجارت.

۲. این تکلیف در ماده ۳۵۹ قانون تجارت به صراحت بیان شده است.

نکته مهمی که دقت در آن باعث می‌شود پیوند ناشر و دارندگان را، رابطه امر و حق‌العمل کار ندانیم، ماهیت حقوقی حق‌العمل کاری است. بین حقوقدانان در مورد ماهیت حقوقی این نهاد، اختلاف نظر است. در نظام‌های حقوقی مختلف، از جمله رومی ژرمنی و کامن‌لو، حق‌العمل کاری را در قالب وکالت و نمایندگی توجیه می‌کنند. در حقوق فرانسه که باب هفتم قانون تجارت ایران در مورد حق‌العمل کاری اقتباسی از آن است، ماهیت برگزیده این قرارداد، عقد وکالت است و در قالب نظریه نمایندگی ناقص یا غیرمستقیم بیان می‌شود. تحلیل بر این اساس سبب شده است که عمده حقوقدانان ایرانی (فخاری، ۱۳۶۲؛ ستوده تهرانی، ۱۳۸۰: ۵۷؛ کاتبی، ۱۳۸۰: ۲۷۳؛ حسنی، ۱۳۸۵: ۵۷۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۹۹) ماهیت حق‌العمل کاری را وکالت بدانند و در نوشته‌های خود از این نظریه سود ببرند.

نظر دیگر (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۰۸) حق‌العمل کاری را در حکم وکالت می‌دانند، نه اینکه در واقع ماهیت وکالت را داشته باشد. ایشان با توجه به ماده ۶۵۶ قانون مدنی و تفاوت اساسی که بین عقد وکالت و حق‌العمل کاری وجود دارد، معتقدند که نمی‌توان حق‌العمل کاری را از مصادیق عقد وکالت دانست، اما به دلیل شباهت‌های بسیار بین این دو و نیز به استناد ماده ۳۵۸ قانون تجارت، می‌توان حق‌العمل کاری را در حکم وکالت دانست؛ به این معنا که دو نهاد وکالت و حق‌العمل کاری در برخی احکام مشترک هستند (قنواتی، عیسائی تفرشی، ۱۳۸۰).

گروه دیگری از حقوقدانان (اسکینی، بهنام فرید، ۱۳۷۵) معتقدند، عقد وکالت در حقوق ایران برخلاف حقوق فرانسه با سازوکار حق‌العمل کاری در تعارض است. در حقوق فرانسه نیابت اثر اصلی عقد وکالت نیست؛ از این رو، توصیف ماهیت وکالت بر حق‌العمل کاری امکان‌پذیر است. اما در حقوق ایران که به موجب ماده ۶۵۶ قانون مدنی اثر اصلی عقد وکالت نیابت است، پذیرش تحلیل موجود در حقوق فرانسه دشوار است و در عمل نتایج ناهمگونی را در پی دارد. در حقوق ایران وکالت براساس نمایندگی ناقص وجود ندارد و رابطه عقد وکالت و نمایندگی در حقوق ایران، برخلاف فرانسه که عموم و خصوص من وجه است، عموم و خصوص مطلق است. این گروه افزون بر مطالب گفته‌شده، اوصاف قرارداد حق‌العمل کاری را با اوصاف عقد وکالت یکسان نمی‌دانند و نتیجه می‌گیرند که حق‌العمل کاری ماهیت وکالت را ندارد. بعد از رد عقد وکالت ایشان به تحلیل ماهیت حق‌العمل کاری با اجاره اشخاص می‌پردازند و به این نتیجه می‌رسند که ماهیت حق‌العمل کاری، اجاره اشخاص است و حق‌العمل کار را مقاطعه کاری می‌دانند که متعهد به انجام عملی معین یعنی، انعقاد معامله‌ای به نام خود و به حساب آمر در برابر تعهد آمر به پرداخت حق‌العمل است.

در مورد نمایندگی ناقص باید اشاره کرد که وجه تسمیه آن در حقوق فرانسه به دلیل مشهود نبودن کامل سمت نمایندگی است؛ بنابراین، عنوان نمایندگی کامل بر آن صدق نمی‌کند. اما ماهیت چنین قراردادی وکالت است؛ زیرا طبق حقوق این کشور کافی است در عقد وکالت وکیل براساس قرارداد خود با موکل، قدرت و اقتدار لازم را در انجام عمل موردنظر با شخص ثالث کسب کند تا عنوان وکالت بر آن صدق نماید؛ تفاوتی در این نیست که وکیل در قراردادهایی که به حساب موکل منعقد می‌کند به نام خود عمل کند یا موکل.

از بین نظرات مطرح شده در مورد ماهیت حق العمل کاری نظریه اخیر مناسب‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا حق العمل کار در معنای واقعی نماینده امر نیست و اجرای مقررات وکالت در مورد این نهاد با ماهیت آن در تضاد است. در واقع، امر مانند مقاطعه‌دهنده (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۶۳) نتیجه موردنظر را در قرارداد برای حق العمل کار ترسیم می‌کند و او را در مسیر رسیدن به نتیجه مطلوب آزاد می‌گذارد. از این رو، همان‌طور که در اجاره اشخاص هم آمد، نیابت و امانت در حق العمل کاری چهره فرعی دارد و مناسب برای تحلیل رابطه ناشر و سرمایه‌گذاران نیست.

## وکالت

یکی از انواع اعطای نیابت، قراردادی یا عهدی است که در آن شخص به میل خویش به دیگری نیابت می‌دهد تا عمل حقوقی را به نام و حساب او به جا آورد. نمونه بارز و شکل سنتی اعطای این نیابت عقد وکالت است. ولی باید دانست که قلمرو نیابت قراردادی وسیع‌تر از وکالت است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۴۶۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۷۲۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۵).

در هر حال، به موجب ماده ۶۵۶ قانون مدنی: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌کند». از این تعریف به روشنی بر می‌آید که اثر عقد وکالت اعطای نیابت است و تنها در اعمال حقوقی این نیابت قابل اعطا است؛ زیرا نیابت در اموری قابل تصور و استفاده است که به اراده انجام شود و آثاری به بار آورد که وضع حقوقی موکل را تغییر دهد. به اضافه، پاره‌ای از مواد مربوط به وکالت، مانند حکم ماده ۶۶۲ قانون مدنی، در صورتی مفهوم درست پیدا می‌کند که نمایندگی مربوط به انجام عمل حقوقی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۰۹).<sup>۱</sup>

عقد وکالت نیز از جمله قراردادهای معینی است که می‌تواند، بر پیوند ناشر و سرمایه‌گذاران حکومت کند و حقوق و تکالیف هر یک را در مقابل هم مشخص نماید؛ به این صورت که،

۱. عقد وکالت با عقود دیگری که به نوعی نیابت را در درون خود دارند، شباهت دارد و باید در این مورد دقت شود تا بتوان تفاوت موجود را دریافت. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۱۴ تا ۱۲۴).



سرمایه‌گذاران با تهیه اوراق صکوک، ناشر را وکیل خود قرار می‌دهند تا اعمال حقوقی لازم را مثل خرید کالا و اجاره دادن آن، انجام دهد. در واقع، تهیه هر یک از اوراق مورد بحث توسط اشخاص، به‌منزله قبول وکالت شرکت ناشر است و در این حالت دارندگان اوراق موکل هستند و ناشر به‌منزله وکیل آنها و آثاری که قانون مدنی برای این قرارداد در نظر گرفته است، بر رابطه یادشده جاری می‌شود.

نکته‌ای که وکالت را از سایر عقود بررسی شده متمایز می‌کند، توجه مقرره‌های مصوب به این عقد است. دستورالعمل‌هایی که برای انتشار اوراق اجاره و مرابحه منتشر شده‌اند، در مواد مختلفی همواره ناشر را به‌منزله وکیل سرمایه‌گذاران و دارندگان اوراق معرفی کرده است. این مطلب در تبصره ۴ ماده ۱۰ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۶ شورای عالی بورس و اوراق بهادار در اجرای بند ۲ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران و همین تبصره ماده ۱۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره مصوب ۱۳۸۹/۵/۱۱ شورای عالی بورس و اوراق بهادار در اجرای بند ۴ ماده ۴ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، آمده است. اما موادی که در این مقرره‌ها به‌وضوح تصریح به مطلب مزبور دارند، ماده ۱۴ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره و ماده ۱۲ دستورالعمل اوراق مرابحه است. ماده ۱۴ چنین بیان می‌دارد: «با انتشار اوراق اجاره، رابطه وکیل و موکل میان ناشر و خریداران اوراق اجاره برقرار می‌شود. ناشر به وکالت از طرف خریداران ملزم به مصرف وجوه حاصل از فروش اوراق اجاره برای خرید دارایی موضوع انتشار و اجاره آن به بانی است. تملیک اوراق اجاره به‌منزله قبول وکالت ناشر بوده و این امر تا سررسید و تسویه نهایی اوراق اجاره غیرقابل عزل، نافذ و معتبر است.» ماده ۱۲ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه با عباراتی مشابه مقرر می‌دارد: «با خرید اوراق مرابحه، رابطه وکیل و موکل میان ناشر و خریداران اوراق مرابحه برقرار می‌شود. ناشر به وکالت از طرف خریداران اوراق ملزم به خرید دارایی موضوع انتشار به‌صورت نقد و فروش اقساطی آن به بانی است. در اسناد موضوع انتشار اوراق مرابحه باید قید شود که خرید اوراق به‌منزله قبول وکالت ناشر بوده، وکالت ناشر تا سررسید و تصفیه نهایی اوراق غیرقابل عزل و معتبر است.»

پیش از بررسی وکیل و موکل بودن ناشر و دارندگان اوراق، غیرقابل عزل بودن وکالت ناشر نکته‌ای است که در صورت بیع دانستن ماهیت حقوقی عمل سرمایه‌گذاران در هنگام تهیه اوراق، نیازی به ذکر آن نبود. همان‌طور که روشن است وکالت جزء عقود جایز است و هر یک از طرفین می‌توانند هر زمان که خواستند، به این پیمان پایان دهند. با توجه به نتایج پذیرش اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای، از جمله راه‌هایی که برای لازم کردن عقود جایز وجود دارد توافق طرفین است (کاتوزیان، ۱۳۸۸- ج: ۴۶ و ۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸- ب: ۱۲۶؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۲۶)؛ یعنی دو

طرف عقد جایز خود را با توافق به صورت لازم در بیاورند. البته این تراضی در صورتی سبب لزوم عقد می‌شود که جایز بودن مقتضای ذات آن عقد نباشد. در واقع، جایز بودن به دو صورت حکمی و حقی تقسیم می‌شود. در جواز حقی، جایز بودن مقتضای ذات عقد نیست و می‌توان خلاف آن را مورد تراضی قرار داد و عقد را لازم کرد؛ ولی در جواز حکمی، لازم کردن عقد خلاف مقتضای ذات آن به شمار می‌آید (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۹۱ و ۹۲).

در دو ماده ۱۲ و ۱۴ دستورالعمل‌ها، تملک کردن اوراق مرابحه و اجاره را به نحو ضمنی توافق برای بلاعزل کردن وکالت دانسته است و به این صورت مشکل جایز بودن وکالت را که می‌تواند در این روابط سبب دشواری‌های زیادی شود (رحیمی، ۱۳۸۹)، حل کرده است. اما در صورت پذیرش بیع بودن ماهیت حقوقی عمل سرمایه‌گذاران، آوردن این شرط در این مواد زیادی است. به این توضیح که، از یک سو اگر بپذیریم اقدام سرمایه‌گذاران برای تهیه اوراق اجاره، مرابحه و مضاربه و به طور کلی هر ورقه بهادار دیگر، بیع است (ویلسون، ۲۰۰۶) و از سوی دیگر، طبق ماده ۶۷۹ قانون مدنی یکی از طرق غیرقابل فسخ کردن وکالت شرط کردن آن ضمن عقد لازم است، به این نتیجه می‌رسیم که وقتی سرمایه‌گذاران اوراق را خریداری می‌کنند و در ضمن این بیع، ناشر را وکیل خود قرار می‌دهند، این وکالت به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد بیع ورقه بهادار داده شده است و به واسطه بیع که عقدی لازم است وکالت نیز غیرقابل فسخ می‌شود و در نتیجه آوردن بلاعزل بودن وکالت ناشر در این مواد با استدلال مزبور اضافی است (باقری، ۱۳۹۱).

البته در این باره باید دقت کرد که شرط شدن عقد جایز در ضمن عقد لازم، تنها سبب غیرقابل فسخ شدن آن می‌شود و سبب لازم شدن عقد جایز به طور کامل نمی‌شود و چنین قراردادی همچنان تحت حکم ماده ۹۵۴ قانون مدنی باقی می‌ماند.<sup>۱</sup> علت این است که باقی ماندن نیابت بعد از فوت وکیل یا موکل امری نامتعارف است. به طور معمول، نیابت رابطه‌ای خصوصی است که به شخصیت طرفین وابسته است و با فوت و حجر آنان از بین می‌رود. پس، ظاهر این است که اعطای نیابت - به هر صورت که انجام گیرد - در حدود این عرف است و اسقاط حق عزل و استعفا دلیل کافی برای نادیده گرفتن این عرف نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۸-ج: ۴۸). از این رو، علی‌القاعده باید در صورت فوت هر یک از دارندگان اوراق، به منزله موکل، این پیوند دچار تزلزل شود و حال آنکه این امر در مسائل تجاری بسیار خطرناک است و موجب عدم تمایل افراد به سرمایه‌گذاری می‌شود؛ بنابراین، در این حالت دو راه وجود دارد تا فوت و حجر

۱. ماده ۹۵۴ قانون مدنی: «کلیه عقود جائزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است.»

دارندگان اوراق را موجبی برای از بین رفتن نمایندگی ناشر ندانیم؛ اول، امضا و خرید اوراق بهادار را توسط سرمایه‌گذاران به‌نحو ضمنی توافقی بدانیم بر اینکه حتی در صورت فوت و حجر دارندگان این نمایندگی از بین نرود. درمورد این مسئله که آیا چنین توافقی نافذ هست، بین حقوقدانان و فقها اختلاف است (کاتوزیان، ۱۳۸۸- ج: ۴۹ تا ۵۱) و در نهایت نظری که این امر را جایز می‌داند، صحیح‌تر و مطابق اصول به‌نظر می‌رسد. دومین راه حل این است که رابطه ناشر و سرمایه‌گذاران را تابع عقد وکالت ندانیم. اگر این پیوند وکالت نباشد، می‌توان آن را مطابق اصل لزوم قراردادهای لازم دانست تا درگیر این استدلال‌های دشوار نشویم. از این رو، در ادامه به بررسی این سؤال اصلی می‌پردازیم که آیا رابطه ناشر و سرمایه‌گذاران را می‌توان تابع عقد وکالت دانست یا همانند عقود ارزیابی شده، این عقد نیز با برخی از آثار رابطه یادشده مطابقت ندارد و در نتیجه نمی‌تواند حاکم بر آن باشد؟

برای پاسخ دادن به این سؤال از تعهداتی که هر یک از وکیل و موکل در قبال هم دارند شروع می‌کنیم. یکی از تعهدات وکیل به موجب ماده ۶۶۸ قانون مدنی دادن حساب دوران وکالت به موکل خود است. درمورد نهاد واسط چه در دستورالعمل‌ها و چه در قراردادهای منعقدشده، چنین وظیفه‌ای برای ناشر مشخص نشده است. در عمل نیز شرکت ناشر چنین کاری را انجام نمی‌دهد؛ یعنی این نهاد هرگز به دارندگان اوراق حساب دوره وکالت خود را نمی‌دهد، این در حالی است که یکی از آثار عقد وکالت و تعهدات وکیل، دادن حساب دوره وکالت است. البته موکل می‌تواند ضمن قرارداد وکالت یا پس از آن وکیل را از دادن صورت‌حساب معاف کند؛ زیرا قانونگذار در تنظیم روابط وکیل و موکل بنا را بر مسامحه نهاده، از سخت‌گیری‌های متعارف در معاملات پرهیز کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۸۴). حتی اگر این مطلب را هم درمورد رابطه ناشر و سرمایه‌گذاران بپذیریم، مشکل متوجه مصوبات موجود می‌شود؛ زیرا در این مقررها هرگز معافیت ناشر از دادن حساب دوره وکالت در ضمن خرید اوراق توسط سرمایه‌گذاران ذکر نشده است.

در پیوند وکیل و موکل تعهدی که وکیل درمورد انجام اعمال حقوقی که در زمره وظایف اوست به عهده دارد، به‌طور معمول تعهد به مواظبت و وسیله است و از این رو، امکان عدم‌حصول نتیجه هم وجود دارد. این در حالی است که تعهد ناشر درمورد خرید کالا یا انعقاد مضاربه و / یا اجاره دادن و فروش نسبه کالا به بانی، کاملاً مشخص و تعیین شده و تعهد ناشر به نتیجه است. ایراد بالا را می‌توان این‌گونه جواب داد: در این حالت ناشر برای انجام کار معینی که مورد توافق قرار گرفته نیابت پیدا کرده، به‌طور ضمنی حصول نتیجه را تعهد کرده است. این مطلب اگرچه تا حدی پاسخ ایراد مطرح شده را می‌دهد ولی توافق برای انجام کارهای معین، چنانچه بین موکل

و طرف او باشد می‌تواند جواب ایراد مطرح‌شده، لحاظ شود؛ در حالی که در فرآیند عملی اوراق مورد بحث، ناشر با شرکت بانی قبل از انتشار اوراق در مورد نحوه خرید، اجاره، فروش و غیره توافق و بعد اقدام به نشر اوراق می‌کنند. از این رو، در این حالت دارندگان اوراق که موکلان هستند با طرف خود که ناشر باشد، هیچ توافقی نداشته‌اند و ساختار اینچنین با جواب داده‌شده توجیه نمی‌شود.

پرداخت اجرت از تعهدات موکل است. در ماده ۶۷۵ قانون مدنی آمده است: «موکل باید ... اجرت و کیل را بدهد، مگر اینکه در عقد وکالت طور دیگر مقرر شده باشد». یکی از انتقادهایی که به دستورالعمل‌ها می‌توان گرفت، مسکوت‌گذاشتن این مطلب است؛ یعنی هیچ‌یک از مصوبات در مورد حق الزحمه نهاد واسط صحبتی نکرده‌اند. البته در قراردادهایی که منعقد شده‌اند به‌نحو سلبی این مطلب ذکر شده است. برای مثال، در بیانیه ثبت اوراق اجاره شرکت واسط مالی بهمن برای تأمین مالی شرکت هواپیمایی ماهان در مورد کارمزد وکالت آمده است: «شرکت واسط بابت وکالت برای انجام موضوع طرح مندرج در این بیانیه، مبلغی از دارندگان اوراق اجاره دریافت نخواهد کرد»<sup>۱</sup>. حداقل در این قرارداد تا حدی مشخص شده که دارندگان اوراق نباید وجهی به ناشر بدهند. البته باز هم نهادی را که باید حق الزحمه ناشر را بدهد تعیین نمی‌کند. این امر زمانی مشکل‌آفرین می‌شود که ثابت شود رابطه ناشر و سرمایه‌گذاران تابع عقد وکالت در معنای خاص خود نباشد؛ وگرنه می‌توان طبق مواد ۶۷۶ و ۶۷۷ قانون مدنی سکوت طرفین در قرارداد را به‌منزله پذیرش ضمنی دستمزد متعارف و رسمی لحاظ کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۸۵).

گذشته از دقت در تعهدات وکیل و موکل، بررسی اثر عقد وکالت نیز می‌تواند در جهت یافتن پاسخی برای سؤال مطرح‌شده، مؤثر باشد. از تعریفی که ماده ۶۵۶ قانون مدنی در باب عقد وکالت کرده است روشن می‌شود که اثر عقد وکالت اعطای نیابت (محقق حلی، ۱۴۰۹ هـ.ق: ۴۲۵؛ شهید اول، ۱۴۱۱ هـ.ق: ۱۴۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ هـ.ق: ۳۶۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ هـ.ق: ۲۳۷؛ شیخ جواهری، ۱۳۶۷: ۳۴۷؛ یزدی، بی‌تا: ۱۱۹؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۴۷۶) است؛ بدین معنی که موکل اقدام وکیل را در مورد انجام اعمال حقوقی به‌منزله اقدام خود می‌داند و به او اختیار می‌دهد که به نام و حساب موکل تصرفاتی انجام دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۰۷). پس در وکالت عمل حقوقی را که وکیل انجام می‌دهد به نام موکل است؛ اما آنچه عملاً در اوراق اجاره، مرابحه و مضاربه رخ می‌دهد این است که ناشر به‌دلیل دشوار بودن ذکر نام موکلان، به نام خود ولی به حساب دیگران اعمال حقوقی لازم را انجام می‌دهد.

۱. بیانیه ثبت اوراق اجاره شرکت واسط مالی بهمن (با مسئولیت محدود) برای تأمین مالی شرکت هواپیمایی ماهان.

افزون بر این، رابطه دارندگان اوراق و ناشر با نتیجه اثر اصلی عقد وکالت که نیابت است، سازگاری ندارد. در واقع، نتیجه نیابت آن است که پس از قرارداد نماینده با شخص ثالث، میان اصیل و ثالث ارتباط مستقیم قراردادی ایجاد شود (اسکینی، بهنام فرید، ۱۳۷۵) که در رابطه ناشر و دارندگان هرگز چنین اتفاقی نمی‌افتد؛ یعنی هرگز دارندگان اوراق که اصیل محسوب می‌شوند با بانی که ثالث است، پیوند مستقیم قراردادی پیدا نمی‌کنند.

افزون بر مطلب بالا، نیابت که نخستین اثر عقد وکالت است، سبب می‌شود که این عقد در زمره عقود مجانی (امامی، ۱۳۸۸: ۳۰۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۱۲) قرار گیرد. به این معنی که در برابر تفویض اختیار به وکیل، عوضی قرار نمی‌گیرد. البته درست است که کار وکیل رایگان نیست، مگر اینکه در عقد شرط شده باشد<sup>۱</sup>. ولی این امر سبب معوض شدن وکالت نمی‌شود؛ زیرا در وکالت هدف اصلی نایب گرفتن و تفویض اختیار است و اعطای این سمت با چیزی مبادله نمی‌شود و تعهد موکل در پرداخت حق الوکاله نتیجه اجرای مفاد نمایندگی است و جنبه فرعی و تبعی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۱۳). پس وکالت در زمره عقود مجانی و غیرمعوض است و این در حالی است که ارتباط ناشر با دارندگان اوراق در عرصه معاملات تجاری اتفاق می‌افتد و در این حوزه هم هدف اصلی کسب سود و انجام معاملات معوض است؛ از این رو، عقود غیرمعوض در حوزه تجارت و معاملات تجاری راه ندارد (صفایی، ۱۳۸۵: ۳۶). به بیان دیگر، عمل ناشر و دارندگان در عالم تجارت است و چون تجارت با دادوستد اموال همراه است، پیمان رایگان هیچگاه نمی‌تواند عمل تجاری به‌شمار آید. پس این رابطه نمی‌تواند تابع عقد وکالت باشد که پیمانی غیرمعوض است.

یکی از اوصاف عقد وکالت اذنی بودن آن است. بدین معنی که اثر مستقیم آن ایجاد اذن است؛ اختیاری که به وکیل تفویض می‌شود و او به‌طور صریح یا ضمنی آن را می‌پذیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۱۱). این وصف در واقع از همان اثر اصلی وکالت که نیابت است، گرفته می‌شود. اذنی بودن وکالت این نتیجه را در پی دارد که حق کنترل و نظارت موکل بر وکیل ذاتی و اسقاط آن ناممکن باشد (کاشانی، ۱۳۸۸: ۱۹۵). به همین دلیل هرگاه شخصی تنها از جهت نتیجه حاصل تحت کنترل یا نظارت دیگری باشد و در انتخاب وسیله و حصول نتیجه آزاد باشد، نمی‌توان بر او نام نماینده را اطلاق کرد (نصیری، ۱۳۶۴). این امر در مورد ناشر هم صادق است؛ یعنی دارندگان اوراق هیچ نظارتی بر اعمال ناشر ندارند و هر چند حوزه اقدامات نهاد واسط مشخص است، در هر حال این نهاد به‌وسیله دارندگان مورد نظارت و کنترل قرار نمی‌گیرد؛ از این رو، می‌توان نتیجه گرفت که پیوند این دو رکن نمی‌تواند تابع عقد وکالت در معنای خاص خود

باشد. پس پاسخ به سؤال مطرح شده که آیا عقد وکالت حاکم بر رابطه ناشر و دارندگان اوراق است، روشن شد و این عقد همانند سایر احتمالاتی که بررسی شدند، برای حکومت بر این پیوند و مشخص کردن حدود وظایف هر یک در قبال دیگری مناسب نیست و باید در جست‌وجوی راه‌حلی برای این مسئله بود.

### حکومت اصل آزادی قراردادها بر رابطه ناشر و سرمایه‌گذاران

اصل آزادی قراردادها در مفهوم وسیع به این معناست که منعقدکنندگان اعمال حقوقی، آزادی کامل در انعقاد و اجرای آن داشته، به جز اراده آنان، اراده و تشریفات دیگری در به‌وجود آوردن عمل حقوقی دخیل نباشد (رفیعی، ۱۳۹۰: ۵۱).

رابطه ناشر و دارندگان اوراق را می‌توان براساس اصل آزادی قراردادها ارزیابی و تحلیل کرد؛ در حقیقت بُعد دیگری که می‌تواند بر این پیوند حکومت کند، ماده ۱۰ قانون مدنی است. بر این اساس، رابطه بالا تابع اراده طرفین است و احکام هیچ‌کدام از عقود معین بر آن جاری و اعمال نمی‌شود. ارتباط یادشده، طبق این تحلیل، عقدی غیرمعین و موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت آزادی قراردادی است.

یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده این است که اشخاص می‌توانند پیمان خود را بدان گونه که مایل هستند، منعقد کنند و هرگز مجبور و مکلف به استفاده از قالب‌های مشخص قانونی نیستند (صفایی، ۱۳۸۵: ۴۷)؛ در نتیجه، رابطه موردبحث نیز لزوماً نباید تابع احکام و آثار عقود باشد که به دلیل اهمیت اقتصادی و اخلاقی در قانون پیش‌بینی شده‌اند.

در ارتباط بین ناشر و سرمایه‌گذاران، نوعی نمایندگی اعطا می‌شود و بیشتر عقود معینی که در قسمت قبل بررسی شدند، دارای یک نمایندگی بودند. اگر یکی از عقود بحث‌شده را بر این پیوند حاکم بدانیم، ناگزیر باید تمامی آثار و احکام آن عقد را که در قانون تصریح شده‌اند، برای رابطه ناشر و دارندگان اوراق بشناسیم. این در حالی است که از بررسی‌های انجام‌شده مشخص شد، بسیاری از آثار رابطه موردبحث که در عمل اتفاق می‌افتد و در قراردادهای منعقدشده بیان شده‌اند، با آثاری که قانون برای رابطه معین و خاص شناخته است، تفاوت دارد. می‌توان در انتقاد به صحبت بالا مدعی شد، آنچه در این بین متفاوت است و به بیان دیگر، با آثار مشخص شده قانونی برای یک عقد معین، همخوانی ندارد مربوط به قوانین تکمیلی است و طرفین می‌توانند بر خلاف آنها تراضی کنند و لذا هیچ ایرادی ندارد که این پیوند را تابع یکی از عقود معین یادشده دانست و تا حد امکان آثاری را که قانون برای آن عقد شناخته است، بر این رابطه بار کرد؛ آنچه را هم که در عمل اتفاق می‌افتد و با مقررات در تعارض است با مسئله امری نبودن قانون، توجیه می‌شود.

قبل از پاسخ به ایراد احتمالی بالا، باید به نکته‌ای که مورد اتفاق حقوقدانان برجسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۹۶؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۴۹؛ شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۰۹) اشاره کرد. ایشان می‌گویند، عنوانی که طرفین به قرارداد خود می‌دهند، هرگز قاطعیت ندارد و قاضی می‌تواند با توجه به اراده واقعی طرفین، قرارداد را توصیف کند و عنوان دیگری برای آن قائل شود. برای مثال، اگر متعاقدين به قرارداد خود عنوان ضمان یا بیع بدهند، قاضی مکلف نیست آن را قبول و احکام ویژه ضمان یا بیع را درباره آن اجرا کند؛ مگر اینکه اراده باطنی طرفین چنین اقتضایی داشته باشد. هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی اصراری مورخ ۱۳۴۲/۱۲/۲۲ قاطع نبودن عناوین عقود و لزوم توجه به اراده واقعی طرفین را پذیرفته است (کیهان، ۱۳۴۲: ۴۶۲).

با توجه به مطالب بالا باید چنین گفت، اراده واقعی طرفین نقش اساسی را در تعیین نوع رابطه حاکم بین آنها دارد و حتی اگر خود متعاقدين عنوان خاصی را برای پیمان خود بیان کنند، چنانچه این عنوان با اراده واقعی آنها یکی نباشد، هرگز آثار خاص آن عقد معین بر رابطه متعاقدين حکومت نمی‌کند. در ارتباطی که بین ناشر و سرمایه‌گذاران وجود دارد نیز باید به اراده واقعی آنها توجه کرد. بر این اساس، پاسخ به ایراد مطرح شده مشخص و روشن می‌شود؛ به این توضیح که وقتی در رابطه ناشر و دارندگان اوراق بیشتر آثاری که قانون‌گذار برای عقود معین متضمن نوعی اعطای نمایندگی شناخته است، رعایت نمی‌شود، هر چند که احکام به صورت تکمیلی باشند، این نتیجه به دست می‌آید که اراده واقعی طرفین این نبوده است که به فرض عقد وکالت با آثار خاص قانونی‌اش حاکم بر رابطه آنها باشد. به بیان دیگر، می‌توان در کنار ایرادها و انتقادهای اساسی که بر حکومت عقود معین مطرح شده، گرفته شده است، این گونه گفت، بر فرض قوانینی که در ارتباط ناشر و سرمایه‌گذاران رعایت نمی‌شوند تکمیلی هم باشند و بتوان عدم رعایت آنها را به وسیله آزادی اراده توجیه کرد، اما باید دانست که راه دیگری هم وجود دارد. در واقع، به جای استفاده از اصل آزادی قراردادهای در مسیر توجیه ایراداتی که عموماً در ارتباط با مقتضای ذات عقود مطرح شده هستند، می‌توان از این اصل به منزله مبنای خود رابطه استفاده کرد.

البته در این ارتباط هم می‌توان به دو صورت استدلال کرد؛ یک نظر که رابطه ناشر و سرمایه‌گذاران را با تفاسیر و اوصاف خاص خود، به منزله یک عقد معین و با نام شناخت؛ یعنی این رابطه را پیوند جدیدی بدانیم که در گذر زمان و بنابر مقتضیات موجود، به وجود آمده است. در این حالت، ارتباطی که بین دو رکن مزبور برقرار می‌شود، همانند قرارداد بیمه که نتیجه نیاز جامعه بوده، خود عقدی با نام در کنار قراردادهای دیگر است. این دیدگاه تا حدود زیادی قابل دفاع است ولی به دلیل فقدان قوانین و مصوبات جامع و کامل، در حال حاضر چندان توجیه‌پذیر

نیست. مصوبات فعلی تنها به فرآیند عملی انتشار اوراق و آن هم از دیدگاه اقتصادی و نه حقوقی، می‌پردازند. متأسفانه مسائل مهم حقوقی که نیازمند دقت بسیار است در این مقرره‌ها رها شده و به ذکر عبارات و اصطلاحات حقوقی اکتفا شده است. اصطلاحات مبهمی که قطعاً نویسندگان آنها به بار حقوقی این مطالب بی‌توجه بوده‌اند. از این رو، تا زمانی که قانون رابطه‌ای را عقد با نام معرفی نکند، نمی‌توان با اطمینان تمام آن را یک پیمان معین معرفی کرد و در حد یک پیشنهاد و نظر باقی می‌ماند.

نظر دیگر، همان‌طور که بیان شد این است که پیوند یادشده را موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی دانست؛ یعنی چنین گفت، ماده ۱۰ قانون مدنی که اصل آزادی قراردادها را پذیرفته است، حاکم بر پیوند میان ناشر و سرمایه‌گذاران است. این تئوری و دیدگاه در شرایط فعلی مناسب‌تر و کارآمدتر از سایر نظریات مطرح شده است و با اصول حقوقی هم سازگاری دارد. افزون‌بر این، برای حل مشکلات بنیادینی که از نظر حقوقی برای هر یک از عقود معین وجود دارد، نیازی به استدلال‌هایی که بیشتر رنگ توجیه دارند، وجود ندارد؛ از این رو، بهترین مسیری که می‌توان با توجه به شرایط کنونی، قواعد عمومی قراردادها و مقررات موجود در رابطه با اوراق صکوک انتخاب کرد، راهی است که ماده ۱۰ قانون مدنی ایجاد کرده است.

### نتیجه‌گیری و پیشنهادها

برای برآمد این نوشته می‌توان گفت، اشخاص، اعم از حقوقی و حقیقی، زمانی که برای تهیه یکی از اوراق بهادار اسلامی اجاره، مرابحه و مضاربه اقدام می‌کنند، ماهیت عملی که انجام می‌دهند، بیع است. آنها مالک حقوقی می‌شوند که ورقه صکوک گواه بر آن است. حق مالک مشاع بودن کالایی که اجاره داده شده است، در اوراق اجاره، حق مالک مشاع بودن کالایی که خریده شده و به صورت نسبه فروخته می‌شود، در اوراق مرابحه و حق مالکیت بر سرمایه‌ای که به عامل داده می‌شود تا با آن فعالیت تجاری انجام دهد، در اوراق مضاربه و مهم‌تر از همه، حق سود بردن در تمامی اوراق بهادار اسلامی که یکی از اهداف اصلی انتشار این اوراق است. اشخاصی که ورقه صکوک را در ازای بها اسمی آن تملک کرده‌اند، نهادی را به اسم ناشر نماینده خود قرار می‌دهند. نماینده‌ای که حوزه فعالیتش براساس نوع ورقه‌ای که انتشار یافته، متفاوت است. برای توصیف ماهیت حقوقی این نمایندگی، نیازمند دست‌اندازی به عقود معین نیستیم؛ زیرا راه دیگری هم وجود دارد و آن اصل آزادی قراردادهاست. در واقع، این نمایندگی اعطا شده در ضمن عقد بیع ورقه صکوک، ویژگی‌های خاصی دارد که به هیچ طریقی قابل توجیه توسط عقود معینی مانند وکالت، حق‌العمل کاری و اجاره اشخاص نیست. هر یک از این عقود



متضمن نوعی نمایندگی هستند. دسته‌ای مانند وکالت که اثر اصلی و نخستین آن، نیابت است و گروهی مانند حق‌العمل‌کاری که نیابت به‌منزله عنصری فرعی و تبعی در آنها مطرح است. نمایندگی ناشر از یک‌سودر برخی اوصاف به گروهی از این عقود شباهت دارد و در عین حال ویژگی‌های خاص خود را نیز دارد. برای مثال، ثبات در عرصه معاملات تجاری اقتضا دارد که رابطه دو طرف، به‌سادگی دست‌خوش زوال نشود؛ از این رو، در قراردادهای منعقدشده در باب اوراق اجاره، بندی آمده است که ناشر را در صورت فوت دارنده ورقه به‌منزله وصی وی معرفی می‌کند یا در صورت حجر، حقوق و مالکیت دارنده اوراق به قیمت روز به ناشر منتقل می‌شود. این موارد در جایی که تصریح به آن نشده باشد، با اصول حقوقی که راه‌کاری برای مواقع سکوت قراردادها هستند، توجیه‌پذیر نیستند. از این رو، بهتر آن است که این نمایندگی را در ابتدا یک عقد معین، با اوصاف و ویژگی‌های متناسب با شرایط آن، بدانیم؛ راه دیگر اینکه، ماده ۱۰ قانون مدنی را مبنای قانونی این رابطه در نظر بگیریم. بر این اساس، طرفین می‌توانند آنچه را که مخالف با قوانین امری، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، در پیمان خود بیاورند.

## منابع

- اسکینی، ر.، بهنام فرید، د. (۱۳۹۰). ساختار و ماهیت حقوقی حق‌العمل‌کاری. *مجله حقوقی دادگستری (علمی پژوهشی)*. ۷۵(۳): ۲۰۰-۱۷۳.
- امامی، ح. (۱۳۸۸). *حقوق مدنی*. جلد دوم. چاپ بیست‌ویکم. تهران: انتشارات اسلامی.
- باقری، م. (۱۳۹۱). *روابط حقوقی عناصر اصلی اوراق اجاره، مرابحه و مضاربه*. کرمان: پایان‌نامه منتشرنشده کارشناسی ارشد. دانشکده حقوق و الهیئت دانشگاه شهید باهنر.
- بهرامی احمدی، ح. (۱۳۹۰). *حقوق تعهدات و قراردادها*. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق(ع).
- جعفری لنگرودی، م. (۱۳۸۶). *ترمیم‌ولوژی حقوق*. چاپ هجدهم. تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، م. (۱۳۸۹). *حقوق تعهدات*. چاپ چهارم. تهران: انتشارات گنج دانش.
- حسینی، ح. (۱۳۸۵). *حقوق تجارت*. چاپ پنجم. تهران: نشر میزان.
- خوانساری، ا. (۱۳۵۵). *جامع المدارک*. جلد سوم. چاپ دوم. تهران: مکتبه الصدوق.
- دمرچیلی، م.، حاتمی، ع.، قرائی، م. (۱۳۹۰). *قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی*. چاپ پانزدهم. تهران: انتشارات دادستان.

رحیمی، ع. (۱۳۸۹). بررسی فقهی و حقوقی اوراق بهادار اجاره. تهران: پایان نامه منتشر نشده کارشناسی ارشد. دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق(ع).

رفیعی مقدم، ع. (۱۳۹۰). اصل رضایی بودن اعمال حقوقی. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق(ع).

ستوده تهرانی، ح. (۱۳۸۰). حقوق تجارت. جلد چهارم. چاپ چهارم. تهران: نشر دادگستر.

سروش، ا.، صادقی، م. (۱۳۸۶). مدیریت ریسک اوراق بهادار اجاره (صکوک اجاره). فصلنامه علمی-پژوهشی اقتصاد اسلامی. ۷(۲۷): ۱۸۶-۱۵۷.

شهیدی، م. (۱۳۸۵). حقوق مدنی. جلد اول: تشکیل قراردادها و تعهدات. چاپ پنجم. تهران: انتشارات مجد.

صفایی، ح. (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی. جلد دوم: قواعد عمومی قراردادها. چاپ چهارم. تهران: نشر میزان.

عاملی، ز. (شهید ثانی) (۱۴۱۰). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة. جلد چهارم. چاپ اول. قم: انتشارات داوری.

عاملی، ز. (شهید ثانی) (۱۴۱۴). مسالک الافهام. جلد پنجم. چاپ اول. قم: مؤسسه معارف اسلامی.

عاملی، م. (شهید اول) (۱۴۱۱ ه.ق). اللمعه الدمشقیة. چاپ اول. قم: نشر دارالفکر.

فخاری، ا. (۱۳۶۲). جزوه حقوق تجارت ۱. تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

قنواتی، ج.، داوری لنگرودی، م. (۱۳۹۰). مطالعه تطبیقی و بررسی خصوصیات حقوقی اوراق اجاره در قوانین ایران، مالزی و انگلیس. نشریه تحقیقات مالی، ۱۳(۳۲): ۱۵۰-۱۳۳.

قنواتی، ج.، عیسائی تفرشی، م. (۱۳۸۰). رابطه نهاد نمایندگی با نهادهای حق العمل کاری، عاملی و دلالی. مجله مجتمع آموزش عالی قم. ۳(۱۱): ۸۱-۵۵.

کاتبی، ح. (۱۳۸۰). حقوق تجارت. چاپ نهم. تهران: انتشارات گنج دانش.

کاتوزیان، ن. (۱۳۸۵). قواعد عمومی قراردادها. جلد دوم. چاپ هفتم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ن. (۱۳۸۸- الف). درس‌هایی از عقود معین. جلد اول. چاپ دوازدهم. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.

کاتوزیان، ن. (۱۳۸۸- ب). عقود معین. جلد دوم: مشارکت‌ها - صلح. چاپ هشتم. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.

رابطه حقوقی ناشر و سرمایه‌گذاران در اوراق اجاره، مباحثه و مضاربه \_\_\_\_\_ ۱۷۹

کاتوزیان، ن. (۱۳۸۸ - ج). قواعد عمومی قراردادهای اجاره. جلد اول. چاپ هشتم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ن. (۱۳۸۹). عقود معین. جلد چهارم: عقود اذنی - وثیقه‌های دین. چاپ ششم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ن. (۱۳۹۱). عقود معین. جلد اول: معاملات معوض - عقود تملیکی. چاپ یازدهم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاشانی، م. (۱۳۸۸). حقوق مدنی، قراردادهای ویژه. چاپ اول. تهران: نشر میزان.

کیهان (۱۳۴۲). آرسو حقوقی، مجموعه رویه قضایی، آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور از سال ۱۳۳۷ تا ۱۳۴۲. جلد دوم. تهران: آرای مدنی.

گلستانی، م. (۱۳۸۹). اوراق (صکوک) اجاره ابزاری نوین برای تأمین مالی شرکت‌های لیزینگ. مجله اقتصادی. ماهنامه بررسی مسائل و سیاست‌های اقتصادی. (۹ و ۱۰): ۳۷-۵۴.

محقق ح. (۱۴۰۹ ه.ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. جلد دوم. چاپ دوم. تهران: انتشارات استقلال.

مصباحی مقدم، ع.، رحیمی، ع.، کاوند، م. (۱۳۸۹). بررسی فقهی و حقوقی اوراق بهادار مضاربه. فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی. ۱۰ (۳۸): ۱۷۴-۱۴۷.

موسویان، ع.، فراهانی فرد، س. (۱۳۸۵). اوراق بهادار اجاره (صکوک اجاره). مجله اقتصاد اسلامی. ۶ (۲۴): ۷۱-۹۴.

موسویان، ع.، کاوند، م.، ردادی، ع. (۱۳۸۹). اوراق بهادار مضاربه، ابزاری مناسب برای توسعه صادرات ایران. دو فصلنامه علمی - پژوهشی جستارهای اقتصادی. ۱۳: ۱۷۱-۱۴۵.

موسویان، ع. (۱۳۹۰). ابزارهای مالی اسلامی (صکوک). چاپ چهارم. تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

نجفی، م. (الشیخ الجواهری) (۱۳۶۷). جواهر الکلام. جلد بیست و هفتم. چاپ سوم. تهران: دارالکتب اسلامی.

نصیری، م. (۱۳۶۴). نظریه اصیل واقعی و alter ego. مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران. شماره دوم.

یزدی، م. (بی تا). تکمله العروه الوثقی. جلد اول. قم: مکتبه الداوری.

Abdull Mutalip, A. and Jamaludin, S. (2008). Structuring Sukuk Ijarah and Mudarabah, *MIF, Legal Section*, pp. 11-12.

Wilson, R. (2006). Innovation in the structuring of Islamic Sukuk securities. *Banking and Finance International Conference, Islamic Banking and Finance*. Beirut. Lebanese American University.

