

ماهیت فقهی - حقوقی صندوق سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت

علیرضا عالی پناه*
امیر حسین وفائی نیا**

چکیده

صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت یکی از انواع واسطه‌های مالی و از جمله نهادهایی است که با فروش پیوسته واحد سرمایه‌گذاری خود به عموم مردم، وجوهی را تحصیل و آن‌ها را در ترکیب متنوعی از اوراق بهادار شامل سپرده‌های بانکی، سهام، اوراق مشارکت، ابزارهای کوتاه‌مدت بازار پول و دارایی‌های دیگر، با توجه به هدف صندوق، به‌طور حرفه‌ای سرمایه‌گذاری می‌کنند. در حال حاضر صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت بیش از سایر انواع آن در بازار سرمایه کشور فعال هستند و به دلیل مزایای آن اقبال عمومی نسبت به این نوع از صندوق‌ها بیشتر است. با عنایت به گسترش این صندوق‌ها در ایران و استقبال چشم‌گیر سرمایه‌گذاران از آن و توجه به این مطلب که صندوق سرمایه‌گذاری با درآمد ثابت رایج‌ترین صندوق‌ها در کشور می‌باشد، ضروری به نظر می‌رسد که پیرامون ماهیت این دسته از صندوق‌های سرمایه‌گذاری از حیث حقوقی جستاری صورت گیرد، خصوصاً آنکه این نهاد مالی نوظهور بوده، در مورد آن فقر منابع به چشم می‌خورد.

واژگان کلیدی

نهادهای مالی، صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک، صندوق سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت، ماهیت صندوق سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت.

alipanah_a@yahoo.com

ahvn.nohed@live.com

* استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید (نویسنده مسئول)

طرح مسئله

صندوق سرمایه‌گذاری در ایران از مصادیق تعریف صورت‌گرفته بند ۲۱ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار مصوب مجلس شورای اسلامی در آذرماه ۱۳۸۴ و بند «ه» ماده یک قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید به‌منظور تسهیل اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی مصوب آذرماه ۱۳۸۸ می‌باشد که با الهام از متعارف‌ترین شکل از صندوق‌های سرمایه‌گذاری در سایر کشورها طراحی شده است. برای مطلع شدن از چگونگی فعالیت و نظارت بر این صندوق‌ها لازم است که سرمایه‌گذاران با مطالعه دقیق اساسنامه، امیدنامه و مقررات مربوطه با جزئیات آن آشنا شوند و با توجه به استراتژی‌ها و انتظارات خود از سرمایه‌گذاری در سهام پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار و یا سرمایه‌گذاری در اوراق بهادار با درآمد ثابت در مورد خرید واحدهای سرمایه‌گذاری این صندوق‌ها تصمیم مناسبی اتخاذ نمایند.

مطابق بند ۲۰ و ۲۱ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار مصوب آذرماه ۱۳۸۴ مجلس شورای اسلامی، صندوق‌های سرمایه‌گذاری از جمله نهادهای مالی هستند که فعالیت اصلی آن‌ها سرمایه‌گذاری در اوراق بهادار می‌باشد و مالکان آن به نسبت سرمایه‌گذاری خود در سود و زیان صندوق شریک هستند. بند «ه» ماده یک قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید به‌منظور تسهیل اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی، محدوده فعالیت صندوق‌های سرمایه‌گذاری را از صرف سرمایه‌گذاری در اوراق بهادار به موضوع فعالیت مصوب صندوق گسترش داده است. مطابق تعریف بند مذکور، صندوق سرمایه‌گذاری نهادی مالی است که منابع حاصل از انتشار گواهی سرمایه‌گذاری را در موضوع فعالیت مصوب خود سرمایه‌گذاری می‌کند. مجوز تأسیس و فعالیت صندوق‌های سرمایه‌گذاری توسط سازمان بورس و اوراق بهادار صادر می‌شود و فعالیت آن‌ها تحت نظارت سازمان انجام می‌گیرد.

از لحاظ ترکیب دارایی، صندوق‌ها فعلاً به چهار دسته در سهام، در اوراق بهادار با درآمد ثابت، مختلط و شاخصی تقسیم می‌شوند. صندوق‌های با درآمد ثابت که موضوع بحث این پژوهش می‌باشد، صندوق‌هایی هستند که در اوراق با سود تضمین شده مانند

مشارکت در سپرده‌های بانکی و یا اوراق صادر شده توسط مجموعه‌های دولتی و نهادهای عمومی غیردولتی سرمایه‌گذاری می‌کنند. در این نوشتار تلاش بر این است که با بررسی و تحلیل نهادهای موجود در نظام حقوقی کشورمان، زمینه را برای فهم بهتر ماهیت صندوق سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت ایجاد نماییم.

۱. کلیات

بسته به اینکه صندوق‌های سرمایه‌گذاری با درآمد ثابت را دارای شخصیت حقوقی بدانیم یا خیر، قواعد حاکم بر آن‌ها تفاوت بسیاری خواهد داشت. خاصه آن‌که در حقوق فرانسه نیز، صندوق‌ها به دو شکل شرکت با سرمایه متغیر و نیز نهاد فاقد شخصیت حقوقی هستند.

از آنجایی که تأسیس صندوق به صورت شرکت، هم به لحاظ تشریفات تشکیل و اداره پیچیدگی‌هایی دارد و هم به جهت مالی، هزینه‌های گزافی را می‌طلبد، اداره صندوق در حالتی که شخصیت حقوقی نداشته و صرفاً سببی است که به وسیله یک شرکت متخصص اداره می‌شود، بسیار ساده‌تر و کم هزینه‌تر خواهد بود.

به طور معمول سعی می‌شود که نهادهای جدید ورود به یک نظام حقوقی، در قالب نهادهای موجود در آن نظام تفسیر و تأویل شوند و حتی المقدور از وضع قواعد جدید به جهت عوارضی مانند تعیین آثار، قواعد و ... پرهیز شود. لذا در این پژوهش نیز سعی خواهد شد تا ارتباطی میان این صندوق‌ها و نهادهای موجود در نظام حقوقی کشورمان پیدا شود.

۲. صندوق فاقد شخصیت حقوقی

در حالتی که صندوق فاقد شخصیت حقوقی باشد، مطابق حقوق مدنی یا می‌بایستی ذیل عقود معین قرار گیرد، که مناسب‌ترین عقود از این جهت عقد مشارکت مدنی، عقد مضاربه خواهد بود و یا به عنوان عقدی نامعین شناخته شده و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی باشد. در این فرض ارتباط سرمایه‌گذاران به وسیله یکی از عقود فوق خواهد بود و مسامحتاً آن را ذیل عنوان صندوق می‌آوریم.

در این بخش ذیل سه عنوان اشتراکات و وجوه افتراق هریک از عقود مشارکت، مضاربه و قرارداد بی نام موضوع ماده ۱۰ قانون را با صندوق مورد بررسی قرار می-دهیم.

۲-۱. عقد مشارکت مدنی (عقد شرکت)

یکی از عقود معینی که با فعالیت صندوق قرابت‌هایی دارد، عقد شرکت است. ابتدا کمی بیشتر با این عقد و شباهت‌های آن با صندوق آشنا می‌شویم و پس از آن تمایزات این دو نهاد را بررسی خواهیم نمود.

۲-۱-۱. شباهت‌های عقد شرکت و صندوق

مطابق قانون بازار اوراق بهادار، صندوق‌های سرمایه‌گذاری نهادی مالی هستند که فعالیت اصلیشان سرمایه‌گذاری در اوراق بهادار می باشد و مالکان نسبت به میزان سرمایه‌گذاری خود، در سود و زیان صندوق شریکند. حال اگر این اجتماع اوراق بهادار به طوری باشد که با ادغام مالکیت‌های جزء در یکدیگر اصالت هریک حفظ شود و اجتماع مالکیت‌ها وجودی جدای از مالکیت هر شریک نسازد، صندوق فاقد شخصیت حقوقی خواهد بود چرا که گاهی اتحاد مالکیت‌ها به کمال نمی‌رسد؛ به حالت اجتماع در می‌آید بی آنکه اصالت هریک از بین برود (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۳۱۰). در این حالت سرمایه‌گذار به اختیار پذیرفته است که مالکیت استقلالی خویش را برای کسب منافع بیشتر و استفاده از مزایای آن به مالکیت اشتراکی تبدیل سازد، به طوری که در کنار این نوع مالکیت، حقوق عینی مالک نیز پابرجا باشد. این حالت از اجتماع و امتزاج که در آن حق مالکیت سرمایه‌گذار، منتشر در مجموع اجزاء می‌شود را اشاعه می‌نامند. در این خصوص ماده ۵۷۱ قانون مدنی بیان نموده است: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه».

اتحادی که میان مالکان در باب ایجاد اشاعه حقوق به وجود می‌آید، بی‌هدف نبوده و برای این است که اموال به شیوه خاص و به وسیله اشخاص معین اداره و سود و زیان ناشی از این اقدام بین شریکان تقسیم شود. بنابراین، هدف عقد شرکت نیز می-بایستی مدنظر قرار گیرد چرا که توجه به آن، مفهوم خاصی به عقد شرکتی که واقع

می‌شود، بخشیده و آن را از اشاعه صرف جدا می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۳۰۸).

بر این اساس در تعریف عقد شرکت می‌توان گفت: «عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص، به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقاصد دیگر، حقوق خود را در میان می‌نهند تا به جای آن مالک سهمی مشاع از این مجموعه شوند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۳۰۸).

در صندوق نیز مشابه این اتفاق رخ می‌دهد، بدین‌سان که سرمایه‌گذاران با پرداخت وجوهی، دارایی خود را با سایر شرکای سرمایه‌گذار به اشتراک گذاشته تا توسط اشخاص معینی اداره شود و سود و زیان ناشی از آن میان شرکاء تقسیم گردد.

۲-۱-۲. وجوه افتراق عقد شرکت و صندوق

با وجود آن‌که عقد شرکت و آنچه در صندوق اتفاق می‌افتد، بسیار شبیه به یکدیگر می‌باشند، لکن اعمال برخی مقررات موجود در قانون مدنی که مرتبط با عقد شرکت می‌باشد، می‌تواند عملکرد صندوق را با اختلال مواجه نماید. در ادامه به اهم این موارد خواهیم پرداخت.

الف. اثر فوت یا حجر احد شرکاء بر صندوق

بند دو ماده ۵۸۸ قانون مدنی تصریح دارد: «در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء»، سایر شرکاء دیگر مأذون به تصرف در اموال مشترکه نخواهند بود. البته همان‌طور که در نظریه مشورتی اکثریت قضات دادگاه‌های تهران آمده، با عنایت به اصالة اللزوم و اصطیاد از مواد ۵۷۸ و ۵۸۲ قانون مدنی، عقد شرکت لازم بوده و فوت یا حجر هر شریک صرفاً موجب زوال اذن اداره شرکت خواهد شد و عقد شرکت کماکان به قوت خود باقی می‌ماند. بنابراین در فرض فوت، ورثه می‌توانند عواید شرکت را نسبت به زمان پس از فوت مطالبه نموده و در صورت حجر نیز توسط قیم محجور، عواید پس از حجر قابل مطالبه خواهد بود (بازگیر، ۱۳۸۵، ص ۱۴۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، صص ۲۲-۲۳).

لذا با وجود این، اداره صندوق در صورت فوت یا حجر یکی از سرمایه‌گذاران دچار مشکل خواهد شد و سایر سرمایه‌گذاران نیز متضرر می‌شوند.

ب. تشدید مسئولیت شرکای صندوق مطابق ماده ۲۲۰ قانون تجارت

ممکن است که در تجاری بودن عمل صندوق تشکیک شود. برای آنکه فعالیت صندوق عملی تجاری باشد باید با یکی از بندهای ماده دو قانون تجارت مطابقت داشته باشد. در مورد فعالیت صندوق‌ها بند یک و سه ماده دو قانون تجارت بیش از سایر بندها جلب توجه می‌کند. همانطور که اشاره شد، از یک سو بند اول ماده دو قانون تجارت، «خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره...» را معامله‌ای تجاری قلمداد کرده و از سوی دیگر اوراق بهادار و سهام جزو اموال منقول محسوب می‌شوند (ستوده تهرانی، ۱۳۷۶، ص ۴۵؛ عرفانی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۳۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴)، لذا خرید و فروش اوراق بهادار عملی ذاتاً تجاری است. هرچند در این زمینه نظر مخالف نیز وجود دارد که خرید و فروش اوراق بهادار را عملی تجاری نمی‌داند، (اسکینی، ۱۳۸۸، ج ۱، صص ۷۵-۷۷) لکن به نظر می‌رسد با توجه به استدلال گروه اول تجاری دانستن معامله اوراق بهادار اقوی است.

مطابق بند سه ماده دو قانون تجارت، «هر قسم عملیات دلالی یا حق‌العمل‌کاری (کمسیون) و یا عاملی و همچنین تصدی به هر نوع تأسیساتی که برای انجام بعضی از امور ایجاد می‌شود از قبیل تسهیل ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رسانیدن ملزومات و غیره» نیز عملی تجاری محسوب می‌گردند که در ادامه به انطباق مصادیق این ماده با فعالیت صندوق خواهیم پرداخت. مطابق ماده ۳۵۷ قانون تجارت: «حق‌العمل‌کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری (آمر) معاملاتی کرده و در مقابل حق‌العملی دریافت می‌دارد». دو تفاوت اساسی میان فعالیت حق‌العمل‌کار و صندوق به چشم می‌خورد که آن را متمایز از فعالیت صندوق می‌نماید، اول؛ آنکه صندوق به نام و به حساب خود معامله می‌نماید و دوم؛ حق‌العمل‌کار در تک تک معاملات خویش از آمر کسب اجازه می‌کند در حالی که در صندوق چنین نیست (اسکینی، ۱۳۸۸، ج ۱، صص ۷۶-۷۷). همچنین است در مورد عامل، چراکه او نیز به نام خود اما با حساب

دیگری معامله می‌نماید (اسکینی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۷۸). از ماده ۳۳۵ قانون مذکور نیز اصطیاد می‌شود که دلال نیز به نام و حساب دیگری دست به معامله می‌زند، لذا صندوق را نمی‌توان دلال پنداشت چرا که داخل در معامله شده و خود در معاملات به نحوی اصیل است (اسکینی، ۱۳۸۸، ج ۱، صص ۷۶-۷۷). شاید این فرض به ذهن متبادر شود که می‌توان عمل صندوق را با بخش انتهایی ماده که بیان می‌دارد: «... تصدی به هر نوع تاسیساتی که برای انجام بعضی از امور ایجاد می‌شود از قبیل تسهیل ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رسانیدن ملزومات و غیره»، منطبق دانست لکن در اینجا نیز تاجر به نام و حساب کسی معامله می‌کند که او را مأمور کرده است (اسکینی، ۱۳۸۸، ج ۱، صص ۷۲-۷۳).

در هر حال با فرض آن که فعالیت صندوق عمل تجاری است، تحلیل ذکر شده از صندوق و منطبق کردن ماهیت آن با شرکت مدنی مشکل دیگری را ایجاد خواهد کرد، چرا که در این صورت فعالیت صندوق مشمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت می‌گردد. ماده ۲۲۰ قانون تجارت که به جهت ساماندهی فعالیت‌های تجاری در قالب شرکت‌ها به رشته تحریر درآمده، مقرر داشته است: «هر شرکت ایرانی که فعلا وجود داشته یا در آتیه تشکیل شود و با اشتغال به امور تجاری خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون در نیآورده و مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل ننماید، شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکتهای تضامنی در مورد آن اجرامی گردد...».

با آنچه گفته شد، چه در تفسیر ماده ۲۲۰ قانون تجارت، برای شرکت مدنی قائل به شخصیت حقوقی باشیم و چه فقط شمول ماده را نسبت به معاملات با اشخاص ثالث در نظر بگیریم (ستوده تهرانی، ۱۳۷۶، ج ۱، صص ۱۶۶-۱۶۹؛ کاشانی، ۱۳۶۵، صص ۲۸-۲۹ و ۴۴)، در هر صورت در فرض تطابق صندوق با عقد شرکت، مسئولیت سرمایه‌گذاران را به شدیدترین نوع ممکن افزایش خواهیم داد و این با فلسفه ایجاد صندوق در تعارض خواهد بود. کما اینکه ماده ۳ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید مصوب ۱۳۸۸، به صراحت میزان مسئولیت سرمایه‌گذاران را محدود به مبلغ سرمایه‌گذاری آن‌ها نموده است.

ج. مسئولیت نسبی شرکاء

در فرض عدم توجه به ماده ۲۲۰ قانون تجارت و آن که خرید و فروش اوراق بهادار را عملی ذاتاً تجاری ندانیم (اسکینی، ۱۳۸۸، ج ۱، صص ۷۵-۷۷)، مسئولیت شرکاء در شرکت مدنی بر خلاف شرکت سهامی به نسبت سرمایه ایشان است و نه به میزان اسمی سرمایه. به عبارت دیگر، مسئولیت شرکاء در شرکت مدنی همانند مسئولیت شرکای یک شرکت نسبی است، در حالی که مطابق ماده سه قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید مصوب ۱۳۸۸، به صراحت میزان مسئولیت سرمایه‌گذاران، محدود به مبلغ سرمایه‌گذاری آنها می‌باشد.

ناگفته پیداست مسئولیت سرمایه‌گذاران صندوق علاوه بر میزان آورده‌شان می‌تواند جذابیت صندوق در جذب سرمایه را بطرز چشمگیری کاهش دهد. در مجموع باید گفت که قواعد سنتی شرکت مدنی نمی‌تواند پاسخگوی مقررات لازم جهت مدیریت صحیح صندوق سرمایه‌گذاری، که از نیازهای نوین بازار سرمایه سرچشمه می‌گیرد، باشد.

۲-۲. عقد مضاربه

عقد دیگری که از دسته عقود معین با فعالیت صندوق شباهت‌هایی دارد، عقد مضاربه است که امروزه نیز در بازار سرمایه دارای کاربردهای فراوانی می‌باشد.

۲-۲-۱. شباهت‌های عقد مضاربه و صندوق

ماده ۵۴۶ قانون مدنی در تعریف عقد مضاربه می‌گوید: «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد، با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود شریک باشند. صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود». بنا بر تعریف فوق، مضاربه پیمانی است میان صاحب سرمایه و عامل او که با یکدیگر شرکتی ایجاد می‌نمایند که در آن یکی از شرکاء سرمایه را می‌دهد که از قضا همانند سرمایه‌گذاری در صندوق‌ها وجه نقد است و دیگری خدمات و مهارت‌های خود را به میان می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۰۵).

در این فرض نیز مانند عقد مشارکت، صندوق فاقد شخصیت حقوقی بوده و همه داد و ستدها به نام عامل و توسط او انجام می‌شود و نتیجه معاملات به صاحب سرمایه می‌رسد، چراکه اوست که زیان‌های ناشی از معاملات را متحمل شده و تعهدات مالی و پیمان‌های عامل را از دارایی خود اجرا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۰۵). همان‌طور که پیش‌تر در تعریف صندوق نیز بیان شد، در صندوق نیز مشابه همین اتفاق رخ می‌دهد. در واقع صاحب سرمایه نیز دارایی خود را به میان می‌آورد تا به وسیله دانش و تخصصی که مدیران صندوق در اختیار دارند، با آن به سرمایه‌گذاری پرداخته و سود حاصل را به صاحب سرمایه عودت دهد.

۲-۲-۲. وجوه افتراق عقد مضاربه و صندوق

عقد مضاربه نیز با فعالیت صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک تعارضاتی دارد که می‌تواند کارکرد این صندوق‌ها را دچار مشکلات جدی نماید و حتی باعث کاهش بازدهی فعالیت آن شود. در ادامه اهم این مشکلات را بررسی خواهیم نمود.

الف. تجاری بودن موضوع مضاربه

مطابق ماده ۵۴۶ قانون مدنی که پیش‌تر ذکر شد، عامل می‌بایستی با سرمایه‌ای که در اختیار می‌گیرد، به تجارت بپردازد. برای شناسایی اعمال تجاری حقوقی باید به ماده دو قانون تجارت مراجعه نمود. حال اگر پیمان در موضوعی غیرتجاری باشد، این توافق تابع قواعد مضارعه نخواهد بود و باید بر طبق قواعد عمومی معاملات و اصل حاکمیت اراده، حقوق و تکالیف طرفین را روشن ساخت (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۱۵).

در صندوق سرمایه‌گذاری مشترک نیز اگر فعالیت سرمایه‌گذاری مدیران عنوان تجاری نداشته باشد، نمی‌توان ماهیت عقد بسته شده میان سرمایه‌گذار و صندوق را مضاربه دانست. لذا اگر قائل به تجاری بودن خرید و فروش اوراق بهادار و سهام نباشیم، این عمل در چهارچوب بند یک ماده دو قانون تجارت نخواهد بود و فعالیت صندوق تجاری نیست (اسکینی، ۱۳۸۸، ج ۱، صص ۷۵-۷۷).

اما در فرضی که خرید و فروش اوراق بهادار عملی ذاتاً تجاری و مشمول بند یک ماده دو قانون تجارت باشد، فعالیت صندوق مطابق بند یک ماده دو قانون تجارت

عملی تجاری بوده و مطابق با عقد مضاربه است (ستوده تهرانی، ۱۳۷۶، ص ۴۵؛ عرفانی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۳۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴).

ب. تشدید مسئولیت شرکای صندوق مطابق ماده ۲۲۰ قانون تجارت

همانطور که ذیل عقد شرکت نیز بحث شد، از آنجا که فعالیت صندوق عمل تجاری است منطبق نمودن قواعد صندوق با عقد مضاربه نیز موجب می شود فعالیت صندوق مشمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت شده و مسئولیت سرمایه گذاران به شدیدترین نوع ممکن افزایش یابد. حال آن که چنین مسئولیتی با فلسفه ایجاد صندوق و ماده سه قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید مصوب ۱۳۸۸، که به صراحت میزان مسئولیت سرمایه گذاران را محدود به مبلغ سرمایه گذاری آنها نموده در تعارض خواهد بود.

ج. تسهیم مشاعی سود در مضاربه بر خلاف صندوق

سودی که در نتیجه تجارت عامل به دست می آید از آن طرفین است و می بایستی میزان سهم هریک از مالک و مضارب معین شود. ماده ۵۴۸ قانون مدنی این سهم را ضرورتاً جزء مشاعی از سود دانسته است. در این ماده آمده: «حصه هریک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل، از قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۱۷).

قانون گذار در مورد تخلف از اجرای این حکم ضمانت اجرایی را مشخص ننموده و باعث ایجاد اختلاف میان حقوق دانان شده است. مشهور در میان حقوق دانان این است که مشاع بودن سود، مقتضای ذات مضاربه بوده و ضمانت اجرای تخلف از آن بطلان عقد می باشد (امامی، ۱۳۴۰، ج ۲، ص ۱۰۱). همچنین اگر آن را مقتضای ذات عقد هم ندانیم، بنا بر اجماع فقها تسهیم مشاعی سود، شرط صحت مضاربه است (نجفی، ۱۳۹۰، ص ۴۶۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۵۸، ج ۲، ص ۲۴۳؛ شهید ثانی، ج ۱، ۱۳۷۲، ص ۲۸۵). گروهی دیگر از حقوق دانان سعی در انطباق ماهیت حقوقی چنین توافقی با عقود دیگر نموده اند و الزاماً آن را باطل نمی پندارند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۱۸).

همچنین مطابق ماده ۵۵۷ قانون مدنی در مواردی که در مضاربه شرط شود تمام سود از آن مالک است نیز معامله مضاربه نبوده و عامل مستحق اجرت است.

با توجه به سازوکاری که در میان صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک متداول است، صندوق برای مالک سرمایه واحد سرمایه‌گذاری صادر و کارمزدی بابت صدور هر واحد دریافت می‌دارد. از این جهت هرکدام از نظرات حقوق‌دانان را که پیرامون ضرورت مشاع بودن سود در مضاربه سخن رانده‌اند مختار بدانیم، باز هم انطباق مضاربه بر فعالیت صندوق دشوار خواهد نمود.

د. اثر فوت یا حجر احد شرکاء بر صندوق

در اوصاف عقد مضاربه آمده که عقدی جایز است لذا در اثر موت و حجر هریک از مالک و مضارب منفسخ خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۲۴).

اگر قواعد عقد مضاربه را حاکم بر فعالیت صندوق‌ها بدانیم، با فوت و حجر هریک از سرمایه‌گذار و مدیر صندوق، قرارداد منعقد شده میان آن‌ها منفسخ و از این حیث با توجه به کثرت فعالیت صندوق‌ها ضربات سنگینی به نظام سرمایه‌گذاری وارد خواهد شد.

ه. افلاس مالک

ماده ۵۵۱ قانون مدنی مفلس شدن مالک را از علل انفساخ مضاربه می‌داند. البته که امروزه در نظام حقوقی ما افلاس موردی نداشته و جای خود را به اعسار و ورشکستگی داده است. در موردی که مالک معسر شود از آنجایی که از تصرف در اموال خود ممنوع نیست، باعث انفساخ مضاربه نخواهد شد. لکن در ورشکستگی که ویژه بازرگانان است، تاجر از تصرف در اموال ممنوع و عقد مضاربه منفسخ خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۳۷).

در فرضی که سرمایه‌گذار صندوق خود تاجر باشد، ورشکستگی وی باعث انفساخ عقد منعقد شده میان سرمایه‌گذار و صندوق خواهد بود که از اشکالات وارد بر تطابق فعالیت صندوق بر عقد مضاربه است.

با توجه به آنچه گفته شد، قواعد حاکم بر عقد مضاربه نیز نمی‌تواند در مورد فعالیت صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک جوابگو باشد.

۳-۲. قرارداد بی نام موضوع ماده ۱۰ قانون

در فرضی که برای صندوق شخصیت حقوقی مستقلی قائل نشویم، با توجه به آنکه امکان قرار گرفتن صندوق ذیل هیچکدام از عقود معین وجود ندارد به ناچار باید ماهیت آن را به وسیله اصل آزادی قراردادی و تمسک به ماده ۱۰ قانون مدنی توجیه نماییم. امری که می‌تواند بروز اشکالاتی که در خصوص عقود پیش گفته وجود داشت را تا حدود زیادی مرتفع نماید و از سوی دیگر مبنایی دقیق‌تر در خصوص ماهیت صندوق سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت در دسترس قرار دهد. اما همچنان یک ایراد اساسی وجود دارد و آن وجود ماده ۲۲۰ قانون تجارت است. در فرضی که فعالیت صندوق تجاری باشد همچنان ضمانت اجرای سنگین ماده مذکور وجود دارد و کارکرد صندوق دچار اختلال خواهد شد. چرا که این وصف با ماده سه قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید در تعارض است و گذشته از آن در این صورت، کمتر سرمایه‌گذاری به سراغ این شرکت‌ها خواهد آمد.

۳. صندوق دارای شخصیت حقوقی

با توجه به آنکه ماده دو قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید صندوق را دارای شخصیت حقوقی دانسته، بخش سوم از اهمیت بیشتری برخوردار است. در این بخش دو فرض متفاوت را بررسی خواهیم نمود. فرض اول آن که فعالیت صندوق سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت تجاری باشد که یا باید آن را در قالب شرکت‌های با سرمایه متغیر قرار داد و یا باید برای آن ماهیتی جدید تصور نمود که در نظام حقوقی ما وارد شده است و امروزه نیز طرفدارانی دارد. فرض دومی نیز وجود خواهد داشت که فعالیت صندوق را تجاری ندانسته و آن را در شمار مؤسسات غیرتجاری قرار دهیم. بنابراین در این بخش ذیل سه بند ماهیت صندوق دارای شخصیت حقوقی را تحت عناوین، مؤسسات غیرتجاری، شرکت با سرمایه متغیر و صندوق دارای شخصیت حقوقی بررسی خواهیم نمود.

۳-۱. مؤسسات غیرتجاری

طبق ماده یک آیین‌نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیرتجاری مصوب ۱۳۳۷:

«مقصود از تشکیلات و مؤسسات غیرتجاری مذکور در ماده‌ی ۵۸۴ قانون تجارت، کلیه‌ی تشکیلات و مؤسساتی است که برای مقاصد غیرتجارتی از قبیل امور علمی و ادبی یا امور خیریه و امثال آن تشکیل می‌شود اعم از آن که مؤسسین و تشکیل‌دهندگان قصد انتفاع داشته و یا نداشته باشند». مطابق نظر کسانی که معامله اوراق بهادار را از مصادیق بند یک ماده دو قانون تجارت می‌دانند (ستوده تهرانی، ۱۳۷۶، ص ۴۵؛ عرفانی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۳۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴)، فعالیت صندوق تجاری است و صندوق سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت موضوعاً از بحث مؤسسات تجاری خارج است چرا که در این فرض صندوق برای مقاصد تجارتي تشکیل شده است. اما اگر به نظر کسانی که خرید و فروش این دسته از اوراق را از مصادیق ماده مذکور نمی‌دانند، التفات کنیم (اسکینی، ۱۳۸۸، ج ۱، صص ۷۵-۷۷)، فرضی مطرح خواهد شد که ممکن است مطابق آن، صندوق یک مؤسسه غیرتجاری باشد که لاجرم انتفاعی است. در توصیف مقاصد تجارتي، یقیناً ملاک ماده دو قانون تجارت خواهد بود. با این مبنا اگرچه ممکن است در تجاری بودن فعالیت صندوق سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت مردد باشیم، اما از آنجایی که این صندوق با اندیشه و قصد دستیابی به سود در پرتو مقاصد تجاری به فعالیت می‌پردازد، منطبق سلیم حقوقی نمی‌پذیرد که آن را در عداد مؤسسات غیرتجاری نظیر مؤسسات فرهنگی و یا مؤسسات خیریه و عام‌المنفعه قرار دهیم.

مضافاً اینکه یکی از نویسندگان حقوق تجارت که خود مخالف غیرتجاری بودن معامله اوراق بهادار است نیز در کتاب خود، شرکت تجاری را اینگونه تعریف نموده است: «شرکت تجاری قراردادی است که به موجب آن یک یا چند نفر توافق می‌کنند سرمایه مستقلی را که از جمع آورده‌های آن‌ها تشکیل می‌شود، ایجاد کنند و به مؤسسه-ای که برای انجام مقصود خاصی تشکیل می‌گردد، اختصاص دهند و در منافع و زیان‌های احتمالی حاصل از به کارگیری سرمایه سهم شونند» (اسکینی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۲۰). این تعریف نیز منطبق بر بند ۲۰ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار است که اشعار می‌دارد: «صندوق سرمایه‌گذاری نهادی مالی است که فعالیت اصلی آن سرمایه‌گذاری در اوراق بهادار می‌باشد و مالکان آن به نسبت سرمایه‌گذاری خود، در سود و زیان صندوق شریک‌اند». بنابراین حتی اگر در تجاری بودن فعالیت صندوق قطع نداشته باشیم، به

جهت آن که تعریف برخی حقوق دانان از شرکت تجاری منطبق بر بند ۲۰ ماده یک قانون اوراق بهادار در می باشد، قرار دادن این نهاد مالی در زمره مؤسسات غیرتجاری محل تأمل خواهد بود.

۲-۳. شرکت با سرمایه متغیر

در فرضی که فعالیت صندوق را تجاری بدانیم، قرابت‌هایی میان آن و شرکت‌های تجاری موضوع قانون تجارت وجود خواهد داشت.

۱-۲-۳. شباهت صندوق و شرکت‌های تجاری

صندوق سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت را می‌توان به صورت شرکتی تجاری با سرمایه متغیر طرح ریزی نمود. در این فرض شرکت حاصله، سببی از اوراق بهادار است که به تناسب تقاضای سرمایه‌گذاران بصورت سهام صادر می‌شود. لذا هر سرمایه‌گذار که سهام صندوق را خریداری می‌نماید سهام‌دار آن شده و از طریق آراء خود در مجامع می‌تواند در نحوه اداره صندوق دخالت داشته و نظرات خود را تا حد امکان پیاده‌سازی نماید. شباهت‌های زیادی میان این شرکت‌ها و صندوق وجود دارد از جمله آنکه در صندوق سرمایه‌گذاری مشترک در ازای سرمایه‌گذاری، گواهی با نام صادر می‌شود و مسئولیت سرمایه‌گذاران در صندوق‌ها محدود به میزان سرمایه‌ای است که برای شخص حقوقی آورده‌اند.

مهم‌ترین مزیت این فرض آن است که صندوق دارای ساختاری روشن و بدون ابهام خواهد بود و از قواعد شرکت‌های تجاری برای اداره و پر نمودن خلأهای مربوط به صندوق‌ها می‌توان بهره برد.

۲-۲-۳. وجوه افتراق قواعد شرکت‌ها و صندوق

با وجود آن‌چه در مشابهت صندوق سرمایه‌گذاری با درآمد ثابت و شرکت‌های تجاری گفته شد، قواعد حاکم بر این شرکت در مواردی با قواعد عمومی موجود در شرکت‌های تجاری متفاوت است.

معمولاً سرمایه صندوق‌ها متغیر است؛ بدین معنا که آورده هر سرمایه‌گذار، سرمایه‌ی شرکت را افزایش و ابطال واحد سرمایه‌گذاری نیز سرمایه را کاهش می‌دهد. لذا قواعد

عمومی مربوط به تغییر سرمایه شرکت در خصوص صندوق قابل اعمال نیست. قابلیت تغییر سرمایه در صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک، از ویژگی‌های مهم آن است که سرمایه‌گذاران را از نقدشوندگی سرمایه‌شان مطمئن می‌سازد. البته در صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت معمولاً سهام باز خرید نمی‌شود و قابل معامله در بورس است که در این صورت سرمایه صندوق می‌تواند ثابت باشد و با اصل ثابت بودن سرمایه شرکت‌ها تعارضی نخواهد داشت و از این جهت می‌توان آن را تابع قواعد عمومی شرکت‌های تجاری در کاهش و افزایش سرمایه قرار داد (نظرپور و ابراهیمی، ۱۳۸۸، صص ۷۱-۷۲).

همچنین مطابق ماده ۱۳ اساسنامه نمونه مصوب سازمان بورس و اوراق بهادار در صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک خرید و فروش واحد سرمایه‌گذاری بر خلاف سهام شرکت‌های سرمایه، نه بر اساس ارزش اسمی بلکه بر مبنای ارزش خالص دارایی روز است. حتی در صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت که قابل معامله در بورس هستند نیز مبنای ارزش واقعی یا بورسی واحد سرمایه- است. از این جهت قواعد عمومی شرکت‌ها در خصوص صندوق قابلیت اعمال را ندارد.

همین‌طور مطابق ماده ۴۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، قابلیت نقل و انتقال سهام در شرکت‌های سهامی به عنوان یک اصل پذیرفته شده است، در حالی که مطابق بخش هفتم اساسنامه نمونه صندوق، در این نهاد مالی فرآیند ابطال پیش‌بینی شده و صرفاً واحدهای سرمایه‌گذاری ممتاز در صندوق از قابلیت نقل و انتقال برخوردارند. ساختار و اداره صندوق‌ها نیز اساساً متفاوت از آن چیزی است که در شرکت‌های تجاری در حال وقوع است. برای مثال در صندوق، مدیریت سبب اوراق بهادار ممکن است بر عهده خود شرکت باشد یا اینکه آن را تحت مسئولیت خود به شرکت متخصص دیگری بسپارد. همچنین در صندوق‌ها باید رابطه میان مجمع عمومی، هیأت مدیره و سایر ارکان نظیر متولی و امین دقیق مشخص گردد، چرا که در مواردی نیاز است تا این روابط با آنچه در شرکت‌های تجاری وجود دارد، متفاوت باشد. برای مثال تشکیل مجامع عمومی در شرکت سهامی از ضروریات است، اما در صندوق به دلیل اقتضائات خاص آن، باید چنین الزامی را تلطیف نمود و همانند حقوق فرانسه برای

تشکیل مجمع عمومی سالانه نصابی قرار نداد. یا مثلاً در برگزاری مجمع عمومی فوق-العاده در دعوت دوم هر میزان از سرمایه‌گذاران که حضور داشتند، مجمع تشکیل شود (اسکینی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۶۱). همچنین مطابق مواد ۱۸، ۲۸، ۳۰ و ۳۴ اساسنامه نمونه، برخلاف آنکه معمولاً همه سهامداران در شرکت‌های سهامی از حق رأی برخوردارند، دارندگان واحدهای عادی در صندوق سرمایه‌گذاری مشترک با آنکه غالباً در اکثریت هستند، از این حق بی‌بهره‌اند. علاوه بر آن در صندوق‌ها ارکانی وجود دارند که در شرکت‌های تجاری نهاد متناظر آن‌ها مفقود است. به عنوان مثال نقش متولی، امین و همچنین برون سپاری مدیریت شرکت که امری معمول در صندوق‌ها بوده و از ویژگی‌های آن می‌باشد، در شرکت‌ها وجود ندارد.

شخصیت حقوقی نیز در صندوق‌های سرمایه‌گذاری مطابق ماده دو قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید مصوب ۱۳۸۸ از تاریخ ثبت ایجاد می‌شود. این در حالی است که در شرکت‌های سرمایه، مطابق ماده ۱۷ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، با قبول سمت توسط مدیران و بازرس شرکت تشکیل شده و دارای شخصیت حقوقی تلقی می‌گردد.

بنابر آنچه گفته شد تطبیق صندوق سرمایه‌گذاری بر شرکت با سرمایه متغیر کمی سخت می‌نماید و باید به دنبال نهاد دیگری بود.

۳-۳. «صندوق» دارای شخصیت حقوقی

بنا بر آنچه گفته شد، صندوق خصایص و ساختاری مخصوص به خود دارد که آن را از تمام نهادهای پیش گفته متمایز می‌نماید. به همین دلیل جهت نشان دادن اقتضائات و تمایزات این نهاد مالی، باید آن را در قالبی جدید و مختص به خود تعریف نمود. در این فرض صندوق بدون اینکه در قالب انواع شرکت‌های مصرح قانون تجارت تشکیل شود، شخصیت حقوقی مستقل داشته و یک نهاد مالی ویژه و منحصر به فرد خواهد بود. همانند شرکت تجاری اموالش به سرمایه‌گذاران تعلق نداشته و به مالکیت صندوق در می‌آید و مدیران مانند شرکت‌های تجاری بلکه بیشتر از آن، اختیارات لازم جهت اداره صندوق را دارا خواهند بود. همین‌طور نحوه تشکیل صندوق و جمع‌آوری سرمایه

اولیه نه با شرکت مدنی قرابت کامل دارد و نه تماماً شبیه پذیره‌نویسی در شرکت‌های تجاری است. از سوی دیگر قیمت‌گذاری و نحوه صدور و ابطال واحد سرمایه‌گذاری در صندوق‌ها تاکنون در هیچ‌یک از نهادهای مالی پیشینه‌ای نداشته است. همچنین امکان وجود مسئولیت تضامنی ارکان صندوق یا قواعد حاکم بر صندوق در صورت ورشکسته شدن، ویژگی‌هایی است که در سایر نهادهای مالی به این شکل وجود ندارد. همانطور که پیش‌تر نیز ذکر شد، ذیل ماده دو قانون توسعه نهادهای مالی جدید مصوب ۱۳۸۸ تصریح کرده است که صندوق سرمایه‌گذاری از تاریخ ثبت دارای شخصیت حقوقی می‌باشد. همچنین ماده ۵۸۸ قانون تجارت با تشبیه شخص حقوقی به شخص حقیقی تمامی اختیارات و البته تکالیف شخص حقیقی را به استثناء حقوق و تکالیفی که ذاتاً فقط به انسان تعلق دارد، به شخص حقوقی اعطاء می‌نماید. لذا بر این اساس صندوق نیز به جهت فرض شخصیت حقوقی برای آن دارای نام، دارایی، اقامتگاه، تابعیت و نیز اهلیت تمتع و استیفاء در حدود موضوع فعالیتش خواهد بود. از آنجایی که برخلاف شرکت تجاری خصوصاً شرکت‌های سهامی، بخش قابل توجهی از مقررات مربوط به آن مسکوت مانده و این خلأ قانونی ممکن است در کارکرد آن خلل ایجاد خواهد کرد. البته نمونه چنین شخصیت حقوقی را که مقررات آن دقیقاً معین نشده می‌توان در موسسات غیرتجاری مذکور در ماده ۵۸۴ قانون تجارت که بیش از هر چیز بر طبق اساسنامه اداره می‌شوند از این دست می‌باشند. امروزه بیشتر قواعد حاکم بر این صندوق‌ها در اساسنامه‌ها و امیدنامه‌های آنان ذکر می‌شود که مدیران و ارکان تصمیم‌گیر موظف هستند که بر مبنای آن عمل نمایند.

لکن به نظر می‌رسد برای صندوقی که قالب قانونی فوق را به تن پوشیده، لازم می‌آید که قواعد جامع و مفصلی در خصوص آن تصویب گردد، زیرا صندوق نه شرکت مدنی بدون شخصیت حقوقی است و نه شرکت تجاری دارای شخصیت حقوقی و از این باب قواعد مستقلی بر آن حاکم است که نیاز به تصریح دارد. به طور مثال ماده ۱۱۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت در خصوص اشخاصی که نمی‌توانند به مدیریت شرکت انتخاب شوند، ماده ۱۳۵ در خصوص نفوذ و اعتبار اقدامات مدیران در مقابل اشخاص ثالث، مواد ۱۴۲ و ۱۴۳ در خصوص مدیران یا مواد ۴۱۲ به بعد قانون تجارت در مورد

ورشکستگی و همچنین مقررات کیفری مذکور در لایحه اصلاحی قانون تجارت در خصوص صندوق قابل اعمال نیستند.

نتیجه گیری

مطابق ذیل ماده دو قانون توسعه نهادهای مالی جدید، صندوق سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت دارای شخصیت حقوقی است. اقرب اشخاص حقوقی که شباهتهایی با صندوق دارند، شرکت با سرمایه متغیر است. از جمله آنکه در صندوق سرمایه‌گذاری مشترک در ازای سرمایه‌گذاری، گواهی با نام صادر می‌شود و مسئولیت سرمایه‌گذاران در صندوق‌ها محدود به میزان سرمایه‌ای است که برای شخص حقوقی آورده‌اند. مهم‌ترین مزیت این فرض آن است که صندوق دارای ساختاری روشن و بدون ابهام خواهد بود و از قواعد شرکت‌های تجاری برای اداره و پر نمودن خلأهای مربوط به صندوق‌ها می‌توان بهره برد. لکن با وجود آنچه در مشابهت صندوق سرمایه‌گذاری با درآمد ثابت و شرکت‌های تجاری گفته شد، قواعد حاکم بر این شرکت در مواردی با قواعد عمومی موجود در شرکت‌های تجاری متفاوت است.

معمولاً سرمایه صندوق‌ها متغیر است؛ بدین معنا که آورده هر سرمایه‌گذار، سرمایه شرکت را افزایش و ابطال واحد سرمایه‌گذاری نیز سرمایه را کاهش می‌دهد. لذا قواعد عمومی مربوط به تغییر سرمایه شرکت در خصوص صندوق قابل اعمال نیست. قابلیت تغییر سرمایه در صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک، از ویژگی‌های مهم آن است که سرمایه‌گذاران را از نقدشوندگی سرمایه‌شان مطمئن می‌سازد. همچنین مطابق ماده ۱۳ اساسنامه نمونه در صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک خرید و فروش واحد سرمایه‌گذاری بر خلاف سهام شرکت‌های سرمایه، نه بر اساس ارزش اسمی بلکه بر مبنای ارزش خالص دارایی روز است. حتی در صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت که قابل معامله در بورس هستند نیز مبنای ارزش واقعی یا بورسی واحد سرمایه‌گذاری است. از این جهت قواعد عمومی شرکت‌ها در خصوص صندوق قابلیت اعمال را ندارد. همین‌طور مطابق ماده ۴۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، قابلیت نقل و انتقال سهام در شرکت‌های سهامی به عنوان یک اصل پذیرفته شده است،

در حالی که مطابق بخش هفتم اساسنامه نمونه صندوق، در این نهاد مالی فرآیند ابطال پیش‌بینی شده و صرفاً واحدهای سرمایه‌گذاری ممتاز در صندوق از قابلیت نقل و انتقال برخوردارند.

ساختار و اداره صندوق‌ها نیز اساساً متفاوت از آن چیزی است که در شرکت‌های تجاری در حال وقوع است. برای مثال در صندوق، مدیریت سبد اوراق بهادار ممکن است بر عهده خود شرکت باشد یا اینکه آن را تحت مسئولیت خود به شرکت متخصص دیگری بسپارد. همچنین در صندوق‌ها باید رابطه میان مجمع عمومی، هیأت مدیره و سایر ارکان نظیر متولی و امین دقیق مشخص گردد، چرا که در مواردی نیاز است تا این روابط با آنچه در شرکت‌های تجاری وجود دارد، متفاوت باشد. همچنین مطابق مواد ۱۸، ۲۸، ۳۰ و ۳۴ اساسنامه نمونه، برخلاف آنکه معمولاً همه سهامداران در شرکت‌های سهامی از حق رأی برخوردارند، دارندگان واحدهای عادی در صندوق سرمایه‌گذاری مشترک با آنکه غالباً در اکثریت هستند، از این حق بی‌بهره‌اند. علاوه بر آن در صندوق‌ها ارکانی وجود دارند که در شرکت‌های تجاری نهاد متناظر آن‌ها مفقود است. به عنوان مثال نقش متولی، امین و همچنین برون سپاری مدیریت شرکت که امری معمول در صندوق‌ها بوده و از ویژگی‌های آن می‌باشد، در شرکت‌ها وجود ندارد.

شخصیت حقوقی نیز در صندوق‌های سرمایه‌گذاری مطابق ماده دو قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید مصوب ۱۳۸۸ از تاریخ ثبت ایجاد می‌شود. این در حالی است که در شرکت‌های سرمایه، مطابق ماده ۱۷ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، با قبول سمت توسط مدیران و بازرس شرکت تشکیل شده و دارای شخصیت حقوقی تلقی می‌گردد. البته در صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک با درآمد ثابت معمولاً سهام باز خرید نمی‌شود و قابل معامله در بورس است که در این صورت سرمایه صندوق می‌تواند ثابت باشد و با اصل ثابت بودن سرمایه شرکت‌ها تعارضی نخواهد داشت. لذا از این جهت می‌توان آن را تابع قواعد عمومی شرکت‌های تجاری در کاهش و افزایش سرمایه قرار داد، لکن سایر جهات افتراق جدی بوده و به همین سبب نمی‌توان این نوع صندوق را نیز به لحاظ ماهیتی شرکت با سرمایه متغیر در نظر گرفت. به همین دلیل جهت نشان دادن اقتضائات و تمایزات این نهاد مالی، باید آن

را در قالبی جدید و مختص به خود تعریف نمود. در این فرض صندوق بدون اینکه در قالب انواع شرکت‌های مصرح قانون تجارت تشکیل شود، شخصیت حقوقی مستقل داشته و یک نهاد مالی ویژه و منحصر به فرد خواهد بود.

کتابنامه

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۸)، حقوق تجارت، تهران: انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۱)، حقوق تجارت: شرکتهای تجاری، تهران: انتشارات سمت.
- بازگیر، یدالله (۱۳۸۵)، قانون مدنی در آیین دیوان عالی کشور: شرکت، ودیعه، جعاله و احکام راجع به آنها، تهران: انتشارات فردوسی.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۶)، حقوق تجارت، تهران: نشر دادگستر.
- شهید ثانی، زین‌الدین (۱۳۷۲)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- طباطبائی یزدی، محمد کاظم (۱۳۵۸)، العروه الوثقی، تهران: المکتبه العلمیه الاسلامیه.
- عرفانی، محمود (۱۳۹۴)، حقوق تجارت: شرکتهای تجاری، تهران: جنگل، جاودانه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، حقوق مدنی: عقود معین (مشارکتهای و صلح)، تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، «جایگاه دفاتر اسناد رسمی در نظم حقوقی کنونی»، کانون، شماره ۵۶.
- کاشانی، سید محمود (۱۳۶۵)، «شرکت مدنی»، نشریه داخلی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۹۰)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: انتشارات خرسندی.
- نظرپور، محمد نقی، و ابراهیمی، محبوبه (۱۳۸۸)، «طراحی صندوق سرمایه گذاری مشترک اسلامی در بازار سرمایه»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، شماره ۳۳.