



بررسی اوراق قرضه اسلامی در مالزی از دیدگاه فقه امامیه

علی صالح آبادی*

چکیده: قراردادهای مالی مانند بیع العینه و بیع دین در طراحی اوراق قرضه اسلامی در مالزی مورد استفاده قرار گرفته است. این مقاله با بررسی فقهی شرط بازخرید در بیع و شرط بازخرید به نحو تبانی، صحت بیع العینه را مورد بررسی قرار می‌دهد. با استدلال‌های ارائه شده در این مقاله و با استناد به نظرات فقهی، بیع العینه از نظر اسلامی باطل بوده و در نتیجه طراحی اوراق قرضه اسلامی در مالزی از دیدگاه فقه امامیه مردود شمرده شده است.

واژه های کلیدی: بیع العینه - بیع دین - اوراق قرضه اسلامی - اوراق قرضه خزانه اسلامی
تبدیل به اوراق بهادار کردن دارائیها.

مقدمه

در حال حاضر روش تأمین مالی با نرخ بهره ثابت در نظام مالی سرمایه‌داری رایج بوده و در سطح بسیار گسترده‌ای از ابزارهای بدهی تأمین مالی که مهمترین آن ابزار اوراق قرضه است استفاده می‌شود.

شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی با بکارگیری ابزار اوراق قرضه، از دارندگان منابع مالی استقراض می‌کنند و در مقابل، نرخ بهره ثابت و مشخص را بازپرداخت می‌کنند که استفاده از آن در نظام مالی اسلامی ربوی بوده و مردود شمرده می‌شود. اندیشمندان اسلامی در کشور مالزی، با استفاده از بیع العینه و بیع دین، نوعی اوراق قرضه اسلامی را طراحی کرده‌اند که در این کشور مورد استفاده قرار می‌گیرد. این مقاله با بررسی اوراق قرضه یاد شده با استدلال‌های فقهی در خصوص بیع العینه، انطباق این ابزار مالی را در نظام مالی اسلامی مورد بررسی قرار داده است.

الف- اوراق قرضه اسلامی در مالزی^۱

از سال ۱۹۹۲ بخش خصوصی در اقتصاد مالزی نوعی اوراق قرضه را عرضه کرد که در طراحی آن از بیع العینه و بیع دین استفاده کرده بود. طراحی این اوراق به روش زیر صورت پذیرفت.^۲

قدم اول: تبدیل دارایی‌ها به اوراق بهادار^۳: ایجاد دارایی‌های موضوع بیع العینه

قدم دوم: انتشار اوراق قرضه (انتشار اوراق بدهی)

قدم سوم: معامله اوراق بدهی: خرید و فروش اوراق بدهی در بازار ثانویه با استفاده از

قرارداد «بیع دین»

قدم اول: ایجاد دارایی موضوع بیع العینه

تبدیل دارایی‌ها به اوراق بهادار موضوع اصلی انتشار اوراق قرضه اسلامی است. بنابراین دارایی یا «مال» باید شرایط لازم جهت فروش را دارا باشد. هنگامی که دارایی‌های شرکت پشتوانه اوراق قرضه اسلامی قرار می‌گیرد؛ و یا دارایی به اوراق بهادار تبدیل می‌شود، اوراق از ارزش برخوردار شده و می‌تواند موضوع معامله قرار گیرد و در بازار اولیه و ثانویه داد و ستد شود. سرمایه‌گذاران

می‌توانند اوراق قرضه (حق مالی) خود را در بازار ثانویه بفروش رسانند. تبدیل به اوراق بهادار کردن در بیع العینه به این صورت است که تأمین کنندگان منابع مالی، دارایی را از انتشار دهنده اوراق نقداً خریداری و بلافاصله طی عقد دیگری همان دارایی را به صورت نسیه به انتشار دهنده اوراق می‌فروشند. این توافق باز خرید تضمین می‌کند که انتشار دهنده اوراق وجه نقد دریافت کند و تأمین کننده منابع مالی با نرخ از پیش تعیین شده یا براساس قرار داد ضمن برگشت سرمایه در آینده به سود مورد انتظار دست یابد. ما به تفاوت قیمت نقدی و قیمت باز خرید نشانگر سود تأمین کننده منابع مالی است. در تجربه مالزی دارایی‌های پشتوانه اوراق قرضه عبارتند از: کارخانجات، تجهیزات، سهام، موجودی کالا، دارایی‌های نامشهود، ساختمان و دارایی‌های ثابت.

جدول شماره ۱: چهار نمونه از شرکت‌ها و اوراق قرضه آنها در مالزی

ردیف	ناشر اوراق	ابزار مالی	دارایی پایه
۱	Hicom holding Bhd	اوراق مرابحه تضمینی	سهام شرکتهای بورسی و غیر بورسی
۲	Amanah International Finance Sdn Bhd	اوراق مرابحه تضمینی	ساختمان و سایر داراییهای فیزیکی
۳	KFC Holdings	اوراق بدهی اسلامی «بیع مؤجل»	رستوران، مزرعه و سایر داراییهای فیزیکی
۴	Petronas Dagangan Bhd	اوراق بدهی اسلامی قابل بازخرید	خط لوله گاز

قدم اول در طراحی این اوراق بسیار مهم است زیرا نرخ بازده در این مرحله تعیین می‌شود. بازخرید دارایی‌ها به روش فروش نسیه، نرخ بازده را تعیین می‌کند و بازده اثر خود را در قیمت باز خرید نشان می‌دهد.

قدم دوم: انتشار اوراق قرضه اسلامی

این مرحله در بازار اولیه صورت می‌گیرد. شرکت، اوراق بدهی را به سرمایه‌گذاران عرضه می‌کند. همانگونه که ذکر شد ارزش این اوراق به پشتوانه دارایی پایه، معتبر خواهد بود. در غیر این صورت این اوراق نمی‌تواند ارزش داشته باشد. به عبارت دیگر اوراق به پشتوانه دارایی فروخته می‌شود و نشان دهنده ارزش دارایی پایه است (تبدیل دارایی‌ها به اوراق بهادار). اوراق قرضه اسلامی می‌تواند به دو دسته تقسیم شود: اوراق قرضه با کوپن و اوراق قرضه با کوپن صفر که اولی را اوراق قرضه اسلامی با کوپن و دومی را اوراق قرضه اسلامی با کوپن صفر می‌گویند.

۱- اوراق قرضه اسلامی با کوپن^۴

«کوپن» نشان دهنده سود اوراق قرضه اسلامی است که هم در اوراق «مربحه» و هم در اوراق قرضه اسلامی با «ثمن مؤجل» کاربرد دارد. تفاوت بین این اوراق در سررسید آنهاست. اوراق با سررسید طولانی مدت تحت قرارداد بیع با ثمن مؤجل صورت می‌گیرد و اوراق با سررسید کوتاه مدت و میان مدت به صورت مرابحه انجام می‌شود.

جدول شماره ۲: سه نمونه از اوراق قرضه اسلامی در مالزی

ردیف	ناشر	ابزار مالی	مدت قرارداد	تاریخ انتشار	تاریخ سررسید
۱	Houlon Corp	اوراق قرضه اسلامی (بیع با ثمن مؤجل)	۷ سال	۱۹۹۷/۹/۳	۲۰۰۴/۹/۲
۲	Teledata Sdn Bhd	اوراق مرابحه تضمین شده	۵ سال	۱۹۹۶/۴/۵	۲۰۰۱/۴/۴
۳	Moccis Trading Sdn Bhd	اوراق مرابحه تضمین شده	۳ سال	۱۹۹۶/۳/۲۹	۱۹۹۹/۳/۲۸

هم دربیع با «ثمن مؤجل» و هم در روش «مراجه»، دو نوع اوراق بدهی منتشر می‌شوند. بخشی از ارزش این اوراق نشان دهنده اصل سرمایه است که به آن «اوراق اولیه» می‌گویند و بخشی از آن سود است که به آن «اوراق ثانویه» یا «اوراق کوپن» می‌گویند.

۲- اوراق مراجه

فروش دین یا بدهی به تأمین کننده منابع مالی شامل هر دو نوع اوراق پیش گفته است. فرآیند عرضه عمومی اوراق در مثال زیر بیان شده است.

مبلغ تأمین مالی: ۱۰۰ میلیون دلار

نرخ سود سالیانه: ۸٪

دارایی پایه: زمین و ساختمان

تاریخ انتشار: ۵ فوریه ۱۹۹۹

تاریخ سررسید: ۵ فوریه ۲۰۰۲

مدت اوراق: ۳ سال

کل سود: $\$ 24 \text{ m} = 100,000,000 \times 0.08 \times 3$

قیمت فروش: مبلغ تأمین مالی + سود = $\$ 124 \text{ m}$

تعداد اوراق اولیه قابل انتشار: $100,000,000$ واحد

قیمت هر ورقه: $\$ 1000 = 100,000,000 \div 100,000,000$

تعداد اوراق ثانویه منتشره: $50,000$ واحد

قیمت هر ورقه: $\$ 480 = 24,000,000 \div 50,000$

پرداخت به صورت مراجه

۱	۶	۱۲	۱۸	۲۴	۳۰	۳۶
£m	£m	£m	£m	£m	£m	۱۰۰m

با توجه به این مثال اصل اوراق در ۵ فوریه ۲۰۰۲ سررسید می‌شود که بیان می‌دارد \$۱۰۰m در سررسید باید پرداخت شود. سرمایه‌گذاران انتظار دارند سود حاصله را در طول دوره قرارداد دریافت دارند. اوراق ثانویه هر ۶ ماه یکبار سررسید می‌شوند.

۳- اوراق قرضه اسلامی با کوپن صفر^۵

اوراق قرضه با کوپن صفر همان اوراق قرضه تنزیلی هستند. گرچه هیچ پرداخت سود یا کوپنی به آن تعلق نمی‌گیرد ولیکن نرخ سود در تفاوت بین قیمت اسمی اوراق و ارزش تنزیلی آن مستتر است. اوراق قرضه اسلامی در قالب قرارداد بیع انجام می‌شود.

۴- اوراق قرضه خزانه اسلامی^۶

بر خلاف قرارداد مباحه و اوراق قرضه اسلامی، اوراق قرضه خزانه توسط دولت تضمین می‌شود. برای انتشار این اوراق باید عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی‌های خزانه صورت پذیرد. تبدیل به اوراق بهادار کردن اوراق قرضه خزانه اسلامی همانند سایر مراحل در سایر اوراق قرضه اسلامی با استفاده از بیع العینه صورت می‌گیرد. تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی‌ها «حق مالی» و حق خرید یا فروش یک کالا را ایجاد می‌کند. اوراق قرضه خزانه معمولاً بصورت تنزیلی فروخته می‌شوند. قیمت تنزیلی از طریق مکانیزم عرضه و تقاضا در بازار تعیین می‌گردد. قیمت اسمی اوراق نیز توسط انتشار دهنده تعیین شده که در آن قیمت، اوراق بازخرید می‌شود. معاملات ثانویه این اوراق به معنای فروش حق مالی به شخص ثالث است که بدین ترتیب نقدینگی این اوراق در بازار ثانویه ایجاد می‌شود.

فرض کنید اوراق قرضه خزانه با ارزش اسمی \$۱۰۰۰ به قیمت \$۸۰۰ فروخته شود. اگر تعداد اوراق منتشره ۱/۰۰۰/۰۰۰ ورقه باشد، ارزش بازار دارایی تبدیل شده به اوراق بهادار \$۸۰۰m، قیمت بازخرید اوراق \$۱۰۰۰m و بازدهی سرمایه‌گذاری ۲۰۰m دلار خواهد بود. اثر بیع العینه در فرآیند تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی مورد استفاده قرار می‌گیرد. دارایی

پایه این اوراق که دارایی خزانه دولت می‌باشد شامل دارایی فیزیکی و مالی مانند زمین، ساختمان، سهام، اوراق قرضه و ذخایر ارزی متعلق به خزانه دولت است.

قدم سوم: معاملات اوراق بدهی - تنزیل (بیع دین)

به منظور فراهم آوردن نقدینگی اوراق، معاملات اوراق در بازار ثانویه از اهمیت اساسی برخوردار است.

اغلب، انواع اوراق قرضه اسلامی به منظور سرمایه‌گذاری بلند مدت در بازار به فروش می‌رسد. با تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی پایه، این اوراق بهادار مالیت پیدا می‌کند و می‌تواند موضوع خرید یا فروش قرار گیرد. معاملات این اوراق تحت عنوان «بیع دین» قرار می‌گیرد و اوراق به صورت تنزیل به فروش می‌رسند.

ب- بررسی اوراق قرضه اسلامی مالزی از دیدگاه فقه امامیه

۱- شرط بازخرید در بیع

فروش نقدی دارایی و بازخرید همان دارایی به صورت نسیه ولی به قیمت بالاتر در اصطلاح فقهی به «بیع عینه» معروف است. کلمه عینه (به کسر عین و سکون یافتن) از ماده «عین» و به معنای مال نقد و حاضر است و چون در بیع عینه چیزی مشخص را نقداً می‌فروشد تا آن را نسیه و به بیشتر از مبلغ فروخته شده بازخرید کند، آن را «بیع عینه» نامیده‌اند (ابن ادریس، ۳۹۳/۱۴؛ شهید اول، ۳۶۲/۳۵؛ بحرانی، الناضره ۹۳/۲۰؛ طریحی، ۲۶۶/۶؛ خوری شرتونی، ۱۰۷۸/۲؛ ابن‌قدامه، ۱۲۷/۴ و ۱۲۸؛ شربینی، ۳۹/۲؛ ابوحیب، ۴۷).

شرط بازخرید در بیع محل اشکال و تأمل است. به نظر مشهور فقهای امامیه (شیخ طوسی، النهایه، ۸۸/۱۳؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۲۸/۱۴؛ علامه حلی، تلخیص المرام، ۳۳۹/۳۵؛ محقق حلی، ۲۸۰/۲ و ۲۹۵؛ شهید ثانی، شرح لمعه ۵۱۵/۳؛ کرکی، ۲۶۲/۴؛ بحرانی، ۱۲۷/۱۹ و ۱۲۸ و ۱۹۳/۲۰؛ شیخ انصاری ۹۳/۳؛ و نجفی، ۱۰۸/۲۳ تا ۱۱۰). بیع عینه صحیح است و به گفته صاحب جواهر (۱۰۸/۲۳-۱۱۰) هیچ کس در آن اختلافی ندارد؛ در صورتی که بیع اول

مشروط به بیع دوم نبوده و شرط بازخرید در آن انجام نگیرد؛ اما اگر فروشنده از ابتدا با خریدار شرط کند که کالا را پس از فروختن به قیمت بیشتر از او خریداری نماید، نظر مشهور بربطلان آن است و صاحب مفتاح‌الکرامه بر آن ادعای اجماع کرده است. (حسینی عاملی، ۱۳۷۴: ۴۹۶)

بنابراین دو معامله پی‌درپی ولی بدون شرط بازخرید، سبب بطلان بیع نمی‌گردد. آنچه موجب بطلان آن می‌شود این است که فروشنده شرط کند خریدار مبیع را به بیشتر از قیمتی که خریده به او بفروشد؛ زیرا غالباً این‌گونه معاملات در موردی تحقق می‌یابد که قرض دهنده مالی را نسیه و به بیشتر از قیمت واقعی به قرض گیرنده می‌فروشد، مشروط براین که خریدار آن را به قیمت واقعی و نقداً خریداری کرده باشد. به این ترتیب مبیع دوباره در اختیار بایع اولی قرار می‌گیرد و وجه نقدی که قیمت واقعی آن بود در دست قرض گیرنده می‌ماند و او به موجب بیع ما به التفاوت قیمت واقعی و ثمن‌المسمای بیع اول را (در واقع به عنوان ربح) به بایع مقروض می‌شود. (لنگرودی، ۱۳۸۴ و ۱۳۸۵).

در حقیقت با این توصیف می‌توان گفت بیع عینه به شرط بازخرید معامله‌ای است صوری که مبنای آن دو معامله پی‌درپی و مشروط به یکدیگر باشد و در واقع هدف از آن رباخواری است. به گفته محدث بحرانی این نوع معامله از جمله (۲۰/۹۴ و ۹۵) حیل‌هایی است که برای فرار از ربا به کار می‌رود و در صدر اسلام نیز بخاطر فرار از ربا وجود داشته است.

ادله بطلان شرط بازخرید

از آنچه بیان شد این نکته بدست آمد که شرط بازخرید به طور مطلق موجب بطلان بیع نمی‌گردد و با مقتضای عقد بیع که تملیک عین مبیع در مقابل ثمن است، منافات پیدا نمی‌کند. شرط بازخرید در صورتی باطل است که محل وقوع آن در بیع عینه باشد. حال سخن در علت بطلان چنین شرطی است و اینکه فقیهان به چه دلیل شرط بازخرید در بیع عینه را باطل می‌دانند؟

دلیل اول: روایاتی وجود دارد مبنی بر این که هرگاه در بیع عینه شرط بازخرید صورت گیرد معامله باطل است؛ از جمله روایت حمیری در *قرب الاستاد* از علی بن جعفر است که گوید: از برادرم موسی بن جعفر (ع) در مورد مردی که لباسی را به ده درهم به طور نسیه به کسی می فروشد آنگاه همان متاع را به پنج درهم نقداً از او می خرد؛ پرسیدم آیا این معامله صحیح است؟ ایشان فرمود: «اذا لم يشترط ورضيا فلا بأس» (عاملی، ۳۷۱/۱۲)؛ یعنی در صورتی که در معامله شرط بازخرید نشده و هر دو به آن راضی باشند، اشکالی در آن نیست.

در روایتی دیگر مانند همین پرسش را حسین بن منذر در محضر امام صادق (ع) مطرح می کند. امام (ع) می فرماید: «اذا كان بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم يبيع و كنت بالخيار ان شئت لم تشتري، فلا بأس». (همان، ۳۷۱) به این معنا که اگر بیع دوم به گونه ای باشد که خریدار در فروش یا عدم فروش آن مختار باشد و فروشنده نیز در خرید یا عدم آن اختیار داشته باشد، معامله صحیح بوده و اشکالی در آن نیست. از این روایت استفاده می شود هرگاه بیع عینه به گونه ای باشد که مشتری در فروش مبیع به دیگران غیر از بایع اختیاری نداشته باشد، معامله باطل است.

در برخی از روایات اساساً به دلیل تحقق ربا در صحت چنین معامله ای اشکال شده است. مثل روایت یونس شیبانی که گوید: به امام صادق عليه السلام عرض کردم: هرگاه کسی چیزی را به دیگری بفروشد و هردو بدانند که این معامله صوری است و به زودی فروشنده به خریدار مراجعه کرده و آن را از او می خرد؛ آیا چنین معامله ای صحیح است؟ امام عليه السلام فرمود: «یا یونس إن رسول الله ﷺ قال لجابر بن عبد الله: كيف انت ظهر الجور و اورثهم الذل؟ قال: فقال له جابر: لا بقیت الی ذلک الزمان، و متی یکون ذلک بابی انت و امی؟ قال ﷺ: اذا ظهر الربا یا یونس هذا الربا فان لم تشتريه رده عليك. قال: قلت: نعم، قال عليه السلام: فلا تقر به فلا تقر به» (طوسی، التهذیب، ۱۹/۷ - عاملی، ۳۷۱/۱۲)؛ یعنی: ای یونس! همانا رسول خدا ﷺ به جابر بن عبد الله فرمود: چگونه ای هرگاه جور و ستم در جامعه آشکار شود و ذلت و بدبختی میرانشان گردد؟ امام عليه السلام فرمود: جابر به رسول اکرم ﷺ عرض کرد آیا تا آن زمان

زنده‌ام؟ پدر و مادرم فدایت باد. آن هنگام چه زمانی است؟ رسول اکرم صلی الله علیه و آله فرمود: این امر در زمانی است که ربا در جامعه آشکار گردد. ای یونس! این معامله ربا است و تو آن را انجام نده. یونس گوید: گفتم: بله (همین است که می‌فرمایی) امام علیه السلام فرمود: پس بدان نزدیک نشو، پس بدان نزدیک نشو.

دلیل دوم: برخی از فقیهان از جمله علامه حلی (تذکره الفقهاء، ۱/۵۴۶- همان، قواعد الاحکام، ۱۴/۵۴۹) علت بطلان شرط بازخرید را لزوم دور دانسته‌اند؛ به این معنا که انتقال مبیع از ملک بایع به ملک مشتری متوقف است بر حصول شرط و حصول شرط نیز متوقف است بر انتقال ملک به بایع. استاد محمدجواد مغنیه در توضیح دلیل دور گوید: شرط بازخرید در بیع عینه مستلزم محال است، چون معنا و مفهوم آن این است که مشتری در واقع مالک مبیع نشود مگر این که آن را به بایع برگرداند. در حقیقت مفهوم این شرط آن است که کسی بگوید: این جنس را به تو نمی‌دهم مگر این که آن را به من بدهی. (مغنیه، ۳/۱۷۷ و ۲۴۳).

به نظر شهیدثانی (شرح‌لمعه، ۳/۵۱۶-۵۱۸) دلیل دور قابل خدشه است؛ زیرا اصل مالکیت مشتری در بیع نخست، معلق به شرط بازخرید (یعنی بیع دوم) نشده تا مستلزم دور باشد؛ بلکه لزوم و ثبوتش متوقف بر شرط اول در بیع نخستین است؛ در نتیجه متوقف (یعنی لزوم بیع نخستین) غیر از متوقف‌علیه (یعنی بیع نخستین) است و این دور نیست تا اشکالی به دنبال داشته باشد.

وی گوید: «نقل مبیع از ملک بایع به واسطه بیع دوم خود قرینه روشنی است بر این که مبیع پیشتر به تملک مشتری درآمده است؛ پس نهایت چیزی که از شرط استفاده می‌شود این است که تملک بایع در بیع دوم بر تملک مشتری در بیع نخستین متوقف است ولی این که تملک مشتری نیز متوقف بر تملک بایع باشد، از شرط چنین چیزی استفاده نمی‌شود.»

وی سپس می‌افزاید: «اگر شرط مزبور مستلزم دور باشد پس در بقیه موارد که در بیع دوم در معامله شرط می‌شود نیز همین محذور پیش آمده و در نتیجه نباید هیچ شرطی صحیح باشد؛ به‌ویژه این که اگر شرط، بیع دوم به غیر بایع نخست باشد. مثلاً بایع به مشتری

بگوید: این کالا را به تو می‌فروشم مشروط براین که تو نیز آن را به فلانی بفروشی. درحالی که اجماع فقها براین است که شرط مزبور صحیح بوده و هر دو بیع نافذ است.» بنابراین با توجه به توضیحات مذکور به نظر می‌رسد که اصلاً لزومی ندارد ما در بطلان شرط بازخرید به دلیل دور تمسک بجویم.

دلیل سوم: برخی از فقیهان از جمله شهید اول (سلسله‌الینابیع، ۳۷۱/۳۵) در ارتباط با بطلان شرط بازخرید در بیع عینه استدلال دیگری را مطرح نموده‌اند به معنای این که با این شرط، فروشنده واقعاً قصد بیع و اخراج مبیع از ملکیت خود نداشته و رابطه خود را براین مال فروخته شده از میان نبرده است.

به نظر شهیدثانی (شرح‌لمعه، ۵۱۸/۳) استدلال مزبور ضعیف است؛ زیرا چه بسا ممکن است غرض بایع این باشد که ابتدا مشتری مالک مبیع بشود، سپس آن را از طریق خریدن از مشتری تملک کند و این امر (یعنی ملکیت خود را مترتب ساختن بر مالکیت مشتری) دلالت ندارد براین که وی قصد بیع نداشته تا در نتیجه عقد باطل باشد. بلکه باید گفت اصولاً شرط انتقال مبیع از مشتری به بایع به واسطه بیع دوم، لازمه‌اش این است که در بیع نخستین قصد نقل و انتقال مبیع به مشتری و ثمن به بایع تحقق پیدا کند؛ زیرا انتقال دوم متوقف بر انتقال نخستین است و کسی که قصد انتقال نداشته باشد، چگونه می‌تواند چنین شرطی را مطرح کند.

به نظر می‌رسد اشکال شهیدثانی بر استدلال شهید اول در صورتی وارد است که معامله به گونه صوری و به قصد ربا صورت نگرفته باشد که در این مورد، اثر شرط بازخرید با اثر عقد بیع نخست قابل جمع بوده و هیچ‌گونه منافاتی میان آن دو نیست؛ زیرا مقتضای ذات عقد بیع آن است که مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن شود و شرط بازخرید این اقتضا را سلب نمی‌کند. نهایت این که مشتری براساس شرط بازخرید به نحو تعهد تبعی ملتزم می‌شود که مبیع را به بایع بفروشد. به علاوه این که در پاره‌ای موارد برچنین شرطی فایده عقلایی نیز مترتب است؛ مثلاً دولت ماشین‌آلات کشاورزی را به کسی می‌فروشد به شرط این که پس از استفاده از آن به او بفروشد و فایده‌اش این است که اگر

مبیع تلف شد، ضمانت آن برعهده خریدار است؛ اما اگر معامله به گونه صوری و نه به قصد بیع بلکه به منظور رباخواری انجام پذیرد، در این صورت استدلال شهید اول قوی می‌نماید. به ویژه این که غالباً بیع عینه با شرط بازخرید، در موردی می‌باشد که قرض دهنده قصدش رباست.»

۲- جمع بندی در خصوص شرط بازخرید در بیع

به نظر می‌رسد شرط بازخرید در بیع به تنهایی باطل نیست؛ زیرا نه مستلزم دور است و نه منافاتی با مقتضای عقد بیع دارد و قصد بیع نیز در آن وجود دارد. تحقق بطلان شرط بازخرید فقط در مورد بیع عینه است. با توجه به این که غالباً این گونه معاملات - همان گونه که گفته شد - در مواردی است که طلبکار برای گرفتن سود مورد نظر از بدهکار آن را انجام می‌دهد؛ از این رو از مجموع روایات می‌توان استنباط کرد که علت بطلان شرط مزبور در بیع عینه به دلیل تحقق ربا - که به نظر محدث بحرانی (۱۲۸/۱۹) بهترین دلیل بر بطلان شرط بازخرید است - و انجام معامله‌ای صوری برای فرار از رباست.

به هر حال همان گونه که محقق کرکی (۲۶۲/۴) گفته است: «در مورد عدم صحت شرط بازخرید در بیع عینه به علت صوری بودن معامله و قصد ربا بین فقیهان امامیه هیچ اختلاف نظری وجود نداشته و همه بالاتفاق قائل به بطلان آن هستند.»

۳- شرط بازخرید به نحو تبانی

تا اینجا بحث درباره شرط بازخرید در بیع عینه بود که اگر صریحاً در متن عقد بیاید^۷ به اتفاق همه فقیهان حرام و باطل بوده و مبطل عقد نیز می‌باشد؛ زیرا شرط بازخرید جهت معامله را نامشروع کرده و بر اساس ماده ۲۱۷ق.م.ع عدم مشروعیت جهت معامله موجب بطلان عقد می‌گردد. حال اگر شرط بازخرید به صراحت در ضمن عقد (بیع عینه) مطرح نشود بلکه قبل از وقوع عقد طرفین بر آن توافق کنند، سپس عقد را بدون ذکر شرط در متن عقد، ولی بر مبنای آن منعقد سازند، در این صورت میان فقهای امامیه در صحت یا عدم صحت بیع اختلاف نظر است. محقق حلی (۲۹۵/۲) و علامه حلی (سلسله‌الینابیع، ۵۲۸/۱۴) عقد را در چنین

موردی مکروه دانسته‌اند؛ اما به نظر محقق اردبیلی (۳۳۱/۸) و صاحب جواهر (۳۱۵/۲۳) هم شرط باطل است و هم عقد.

بنای اختلاف میان فقیهان در این مورد، همان‌گونه که شیخ انصاری گفته در ارتباط با اعتبار یا عدم اعتبار شرط تبانی^۴ در عقد است؛ به این معنا اگر شرط تبانی که قبل از عقد می‌آید ولی عقد بر آن مبتنی است مانند شرطی باشد که در متن عقد ذکر شود و در آن مؤثر باشد، در این صورت بطلان شرط به عقد سرایت کرده و آن را باطل می‌کند والا اگر قائل به تأثیر شرط تبانی نباشیم، عقد باطل نیست.

فقیهانی نظیر محقق و علامه حلی چون شرط تبانی را در عقد بی‌اثر می‌دانند، از این رو شرط بازخرید به نحو تبانی را موجب بطلان عقد نمی‌دانند؛ اما فقیهانی مانند محقق اردبیلی و صاحب جواهر که قائل به تأثیر شرط تبانی در عقد هستند، شرط بازخرید به صورت تبانی را مبطل عقد می‌دانند. البته محقق اردبیلی در ارتباط با این عبارت علامه حلی در قواعد که گفته: «و یکره لوکان قصدهما ذلک و لم یشرطاه» (سلسله‌الینایع، ۵۲۸/۱۴) گوید: «مراد از «قصدهما» در این جمله عبارت است از موردی که اعاده مبیع در فکر و قلبشان باشد ولی آن را نه به طور لفظی شرط کنند و نه در قصد و نیتشان باشد؛ یعنی در اندیشه بایع این باشد که مشتری وقتی کالا را خرید دوباره به او بفروشد و این از باب اعتماد و اطمینان به مشتری است نه به عنوان وفای به شرط؛ در چنین صورتی معامله صحیح است ولی کراهت دارد. اما اگر قصد طرفین مبتنی بر شرط بازخرید باشد و قبل از وقوع عقد بر آن توافق کنند و عقد را براساس آن محقق سازند، ظاهر این است که معامله منعقد نمی‌شود؛ حتی اگر شرط را در متن عقد ذکر نکرده باشند.» (محقق اردبیلی، ۳۳۱/۸ و ۳۷۲).

صاحب جواهر نیز در ارتباط با این عبارت علامه گوید: «در این صورت نیز عقد باطل است چون بنای آن دو در حقیقت مبتنی بر شرط است؛ اگرچه لفظاً آن را ذکر نکنند. آری اگر واقعاً طرفین چنین شرطی را در نیت و قصدشان نداشته و بر آن توافقی هم نکرده باشند ولی براساس اعتماد و توثیق به مشتری، بایع امیدوار به بازخرید آن از او باشد، در این

صورت عقد صحیح بوده ولی مکروه است^{۱۱}؛ هر چند به نظر برخی از فقیهان صحت این مورد نیز خالی از اشکال نیست.» (نجفی، ۳۱۵/۲۳).

با توجه به اعتبار شرط تبانی و تأثیر آن در عقد^{۱۲} در صورتی که شرط بازخرید در بیع عینه مقصود طرفین بوده و عقد براساس آن واقع شود ولی در متن عقد صراحتاً ذکر نگردد، معامله باطل است؛ همانند موردی که شرط بازخرید به صراحت در متن عقد بیاید؛ زیرا شرط تبانی در واقع به گونه‌ای شرط ضمن عقد محسوب می‌شود. (محقق اردبیلی، صاحب جواهر). در قانون مدنی براساس ماده ۲۱۷ ق.م نامشروع بون جهت معامله در صورتی موجب بطلان معامله می‌شود که به آن در متن عقد تصریح شود اما با استفاده از جمله ماده ۱۱۲۸ ق.م که قانون‌گذار شرط تبانی را پذیرفته است، می‌توان گفت تبانی طرفین برعدم مشروعیت جهت معامله در حکم تصریح بوده و موجب بطلان معامله می‌گردد.

برخی از فقیهان شرط تبانی را مثل شرط ضمنی دانسته و آن را لازم‌الوفاء می‌دانند. (بجنوردی، ۲۵۳/۳). به نظر شیخ انصاری اعتبار شروط تبانی به مقتضای قواعد فقهی است (شیخ انصاری، ۲۱/۳) و به نظر شیخ طوسی اصل برجواز شرط تبانی بوده و عموم اخبار در مورد شرط شامل این مورد هم می‌شود. حتی علامه حلی که در قواعد الاحکام (سلسله‌الینابیع، ۵۲۸/۱۴) معتقد به کراهت شرط بازخرید به نحو شرط تبانی است، در مختلف‌الشیعه شرط تبانی را صحیح و مؤثر در عقد می‌داند^{۱۳}. بنابراین از آنجا که شرط تبانی را از شروط صحیح و مؤثر در عقد می‌دانند، شرط باز خرید به نحو تبانی موجب بطلان بیع‌العینه می‌گردد.

۴- نظر فقه مالکی و حنبلی در خصوص بیع العینه

به نظر مالکیه^{۱۴} و حنابله بیع العینه صحیح نیست زیرا قصد طرفین معامله صحت و سقم این قرارداد را تعیین می‌کند. در بیع العینه قصد طرفین غیر شرعی است. در این معامله از یک ابزار صحیح برای مقصد ناصحیحی استفاده می‌شود و آن عبارت از اخذ وام با بهره است که ربوی محسوب می‌شود.^{۱۵}

ابن قیم^{۱۵} یک حنبلی مذهب است که بیع العینه را صحیح نمی‌داند. بعنوان مثال ایشان می‌گویند خرید و فروش انگور مجاز است ولیکن اگر فروشنده انگور به یقین بداند که خریدار انگور قصد ساختن شراب از این انگور را دارد معامله صحیح نیست.

نتیجه گیری:

بیع العینه بطور کلی به معنای فروش نقدی دارایی و باز خرید همزمان همان دارایی بصورت نسیه ولی به قیمت بالاتر می‌باشد. تفاوت بین قیمت نقدی و قیمت نسیه نشان دهنده سود آن است. در کشور مالزی اوراق قرضه اسلامی براساس بیع العینه طراحی و منتشر شده است بدین صورت که شرکتها، دارایی‌های خود را به صورت نقدی به فروش رسانیده و همزمان آن دارائیها را با قیمت بالاتری به صورت نسیه باز خرید می‌نمایند. صحت این نوع اوراق قرضه از دیدگاه فقه امامیه مورد بررسی قرار گرفته و چنانچه شرط باز خرید در متن عقد ذکر شود (که به اجماع علمای امامیه باطل است) و اگر در متن عقد ذکر نشود ولیکن بصورت تبانی باشد نیز باطل است.

با توجه به اینکه هدف از انتشار اوراق قرضه اسلامی تأمین مالی با نرخ ثابت است و شرط باز خرید جزء شروط اساسی این نوع معامله محسوب می‌شود بنابراین این نوع اوراق بهادار از نظر فقه امامیه منهی می‌باشد.

یادداشت‌ها:

- 1- Saiful Azhar Rosly & mahmood M.Sanusi, "The Application of Bay'AL-Inah And Bay'AL-Dayn In Malaysian Islamic Bonds: An Islamic Analysis", International Journal of Islamic Financial Services, Vol.1,NO.2.
- 2- Saiful Azhar Rosly, "Sukuk-Islamic Securities", The Sun, April 25 th, 1997.
- 3 - Securitization.
- 4 - Coupon Islamic Bonds.
- 5 - Zero-coupon Islamic Bonds.
- 6 - Treasury Islamic Bonds.

۷- شرطی که در ضمن عقد قرارداد و تعهد مستقل دیگری همراه با ایجاب و قبول به وجود آید و در اثر این امر نسبت به آن جنبه تبعی به خود گیرد، آن را شرط ضمن عقد گویند. (بجنوردی، ۲۵۱/۳- امامی، ۲۶۸/۱- بروجردی عبده، ۲۰)

۸- شرط تبانی عبارت است از شرطی که قبل از عقد طرفین برالتزام به آن توافق کرده و عقد را براساس آن واقع کنند ولی در متن عقد بدان تصریح نشود. (بجنوردی، القواعدالفقهیه، ۲۵۲/۳)

۹- ممکن است گفته شود قصد و نیت امری است باطنی و امروزه امضای سند رسمی بیانگر تمام شدن معامله است. بنابراین قصد طرفین هرچه باشد تأثیری در بطلان معامله ندارد. در پاسخ باید گفت: در واقع معامله‌ای که مبتنی بر شرط بازخرید به نحو تبانی باشد باطل است ولی اثبات آن منوط به ارائه ادله محکم است.

۱۰- البته کراهت، حکمی اخلاقی است و از لحاظ حقوقی منشأ اثر نیست.

۱۱- سیدمحمدکاظم یزدی در مورد شرط تبانی گوید: «مقتضی القاعده وجوب الوفاء به ذلک لصدق الشرط علیه، فانه لغه بمعنی الالتزام و الالتزام بل مطلق الجعل.» (حاشیه بر مکاسب ۱۱۷/۲) نیز محقق قمی گوید: هرگاه قبل از انشاء معامله طرفین بر شرطی توافق کنند و نسبت به آن تصمیم بگیرند آنگاه به هنگام اجرای صیغه آن را مسکوت گذاشته ولی معامله‌شان براساس همان شرط باشد، شرط صحیح بوده و در عقد تأثیر می‌گذارد. (عنائم‌الایام/ ۵۸۰)

۱۲- وی گوید: «اگر طرفین قبل از عقد شرطی کنند و عقد را مبتنی بر این شرط واقع سازند، شرط آنها صحیح بوده و در عقد تأثیر دارد.» (مختلف‌الشیعه ۳۵۰)

۱۳- ابن رشد، «بدایت‌المجتهد»، جلد دوم، ص ۵۸.

۱۴- ابن تیمیه، «مجموعه فتاوی»، جلد ۲۹، ص ۳۳۴.

۱۵- ابن قیم، «.....»، جلد ۳، صص ۹۹-۹۸.

منابع:

- ۱- ایزدی فرد، علی اکبر، شرط بازخرید در بیع، نشریه دانشکده هیات دانشگاه فردوسی مشهد، بهار و تابستان ۱۳۸۰، شماره ۵۱ و ۵۲.
- ۲- ابن ادریس، ابو منصور محمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه، علی اصغر مروارید، چاپ اول، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۳ق.
- ۳- ابن حزم اندلسی، المحلی، بیروت، دارالافاق الجدیده.
- ۴- ابن رشد، ابوالولید محمد بن احمد، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، قم، انتشارات شریف رضی.
- ۵- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل، بیروت، دارالفکر.
- ۶- ابن قیم، محمد بن ابی بکر سعد، اعلام الموقعین عن رب العالمین، بیروت، دارالجمیل.
- ۷- ابوجیب، سعدی، القاموس الفقهیه لغه و اصطلاحاً، چاپ دوم، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۸ق.
- ۸- احمد بن حنبل، مسند، بیروت، دارصادر.
- ۹- اصفهانی، سید ابوالحسن موسوی، وسیله النجاه، چاپ ششم، نجف اشرف، المکتبه المرتضویه
- ۱۰- امام خمینی، روح الله الموسوی، البیع، تهران، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
- ۱۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۷۰ش.
- ۱۲- الخوری الشرتونی، سعید؛ اقرب الموارد، قم، مکتبه آیه الله المرعشی نجفی.
- ۱۳- الدردیر، احمد؛ الشرح الکبیر مع حاشیه الدسوقی، بیروت، دارالفکر.
- ۱۴- الزحیلی، وهبه؛ الفقه الاسلامی و ادلته، چاپ سوم، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۹ق.
- ۱۵- بجنوردی، سید میرزا حسن موسوی، القواعد الفقهیه، قم، دارالکتب العلمیه، ۱۳۸۹ق.
- ۱۶- بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهرة، چاپ دوم، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۵ق.
- ۱۷- بروجردی عبده، محمد، کلیات حقوق اسلامی، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰ق.
- ۱۸- تهانوی، محمد بن علی، کشاف اصطلاحات الفنون، چاپ اول، بیروت، مکتبه اللبنا، ۱۹۶۶م.
- ۱۹- جرجانی، میرسید شریف، التعریفات، چاپ اول، تهران، انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۰۶ش.

- ۲۰- حجتی اشرفی، غلامرضا؛ مجموعه قوانین اساسی مدنی، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۴ش.
- ۲۱- حسینی عاملی، سیدجواد، *مفتاح الكرامه فی شرح قواعدالعلامه*، بیروت، مؤسسه ال‌ال‌بیت.
- ۲۲- زیلعی، فخرالدین؛ *تبيين الحقائق*، چاپ اول، مصر، ۱۳۱۳ق.
- ۲۳- شاطبی، ابواسحاق؛ *المواقفات*، بیروت، دارالفکر.
- ۲۴- شربینی، شیخ محمد الخطیب؛ *معنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج*، بیروت، دارالفکر.
- ۲۵- شهید اول، محمدبن جواد مکی عاملی؛ *الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه*، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه.
- ۲۶- شهید ثانی، محمدبن جمال الدین مکی عاملی؛ *شرح لمعه (الروضه البهیة فی شرح اللعه الدمشقیة)*، بیروت، دارالعالم الاسلامی.
- ۲۷- شهید ثانی؛ *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، قم، دارالهدی للطباعة و النشر.
- ۲۸- شیخ طوسی؛ *تهذیب الأحكام*، چاپ دوم، بیروت، دارصعب و دارالتعارف.
- ۲۹- شیخ طوسی؛ *الخلاف*، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه.
- ۳۰- شیخ طوسی؛ *النهایه*، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه.
- ۳۱- شیخ انصاری، مرتضی؛ *المکاسب*، بیروت، مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ق.
- ۳۲- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد؛ *الاستبصار*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ق.
- ۳۳- طریحی، شیخ فخرالدین، *مجمع البحرین*، چاپ دوم، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۶۲ش.
- ۳۴- عاملی، شیخ حر (محمدبن الحسن)، *وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
- ۳۵- علامه حلی، شیخ جمال الدین ابومنصور الحسن، *تذکره الفقهاء*، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- ۳۶- علامه حلی؛ *تلخیص المرام*، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه.
- ۳۷- علامه حلی؛ *قواعد الاحکام*، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه.
- ۳۸- علامه حلی؛ *مختلف الشیعه*، تهران، مکتبه نینوی الحدیثه.

- ۳۹- فاضل مقداد، جمال‌الدین المقداد بن عبدالله السیوری، *نضد القواعد الفقہیہ علی مذهب الامامیہ*، قم، مکتبہ آیہ الله المرعشی، چاپ ق.
- ۴۰- لنگرودی، محمد جعفر جعفری، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ هشتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ش.
- ۴۱- محقق اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، قم، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ق.
- ۴۲- محقق قمی، میرزا ابوالقاسم، *غنائم الایام فی مسائل الحلال و الحرام*، تهران، چاپ سنگی، رحلی، ۱۳۱۹ق.
- ۴۳- محقق کرکی، شیخ علی، *جامعه المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ اول، قم، مؤسسه اهل بیت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ق.
- ۴۴- مغنیه، محمد بن جواد، *فقه الامام جعفر الصادق*، چاپ دوم، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۷۷م.
- ۴۵- محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، تهران: انتشارات استقلال.
- ۴۶- نائینی، میرزا محمد حسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، چاپ سنگی، رحلی، موجود در کتابخانه مرکزی دانشگاه تهران.
- ۴۷- نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، چاپ دوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ش.
- ۴۸- یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیة کتاب المکاسب*، تهران، دارالمعارف الاسلامیه، ۱۳۷۸ق.
- 49- Saiful Azhar Rosly & mahmood M.Sanusı, "The Application of Bay'AL-Inah And Bay'AL-Dayn in Malaysian Islamic Bonds: An Islamic Analysis", International Journal of Islamic Financial Services, Vol.1,NO.2.
- 50- Saiful Azhar Rosly, "sukuk-Islamic Securities", The Sun, April 25th, 1997.



پروفیسر شہناز گل خان کی زیر نگرانی

پرتال جامع علوم انسانی