

رابطه حقوقی بانی و ناشر در اوراق اجاره، مرابحه و مضاربه

حمید بهرامی احمدی *

مهدی باقری **

تاریخ وصول: ۹۱/۱۱/۲۴؛ تاریخ پذیرش: ۹۲/۶/۱۳

چکیده

اوراق اجاره، مرابحه و مضاربه از ابزارهای مالی جدیدی هستند که در کشورهای اسلامی به جهت مطابقت با احکام شرع، مورد اقبال قرار گرفته‌اند. دلیل این مطلب، از یک طرف، مبتنی بودن ابزارهای مزبور بر عقود اسلامی و از طرف دیگر، عدم وجود ربا در این اوراق است. در فرآیند انتشار صکوک فوق، نهادها و اشخاص مختلفی درگیر هستند که این امر، سبب بروز روابط حقوقی متفاوتی می‌شود. شناخت ماهیت حقوقی این روابط، برای مشخص کردن حقوق و تکالیف هر یک از طرفین، اهمیت فراوان دارد. هم چنین، این ابزارهای نوین مالی می‌تواند در وضع مقررات، بسیار حائز اهمیت باشد. از جمله روابطی که در تمامی صکوک وجود دارد، رابطه‌ی بانی و نهاد واسط است. شرکت بانی برای انتشار اوراق باید به ناشر مراجعه کند. ماهیت حقوقی این پیوند با عقود مختلفی، مثل اجاره اشخاص، حق‌العمر کاری و وکالت قابل تحلیل است. در مقاله حاضر، بعد از بررسی احتمال حکومت این عقود بر پیمان فوق، به این نتیجه دست می‌یابیم که در شرایط کنونی، بهترین گزینه برای حکومت بر این پیوند، ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی است.

از آن جایی که مطالب ذکر شده در باب عقود معین، با ماهیت روابط 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. علاوه بر این، مباحث این نوشتار می‌تواند در وضع مقررات جدید و تصحیح قوانین موجود، برای این نوشتار حقوقی تر شدن آن‌ها، برای نهادهای صالح جنبه کاربردی نیز داشته باشد. شیوه گردآوری اطلاعات مقدماتی، کتابخانه‌ای و استفاده از منابع الکترونیکی است.

کلیدواژه‌ها: اوراق اجاره، مرابحه و مضاربه، نهاد واسط، شرکت بانی، اصل آزادی قراردادها، ماهیت حقوقی.

۱- مقدمه

روابط 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. در مقاله حاضر، بعد از بررسی احتمال حکومت این عقود بر پیمان فوق، به این نتیجه دست می‌یابیم که در شرایط کنونی، بهترین گزینه برای حکومت بر این پیوند، ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی است.

برای نیل به این هدف، مقاله مزبور در دو بخش ارائه می‌شود. در قسمت نخست، ماهیت حقوقی پیوند ناشر و بانوی مورد بررسی قرار می‌گیرد، پس از آن، حقوق و تکالیف بانوی و ناشر در قبال یکدیگر، ارزیابی می‌شود تا دیدگاه نسبتاً کاملی در خصوص این رابطه حقوقی و آثار آن ایجاد شود.

۲- ماهیت حقوقی رابطه بانوی و ناشر در اوراق اجاره، مزایه و مضاربه

رابطه مزبور نیز همانند دیگر پیمان‌های نو ظهور که به ضرورت نیازهای جدید شکل گرفته‌اند، می‌تواند تابع یکی از عقود سنتی و معینی باشد که احکام و آثارشان در قانون مشخص شده است. در واقع، اولین راهی که معمولاً برای شناخت هر رابطه جدید انتخاب می‌شود، تحلیل آن پیوند با عقود سنتی است. اگر در این مسیر توفیقی حاصل نشود و نتوانیم پیوند موجود را تطبیق دهیم، به ناچار آن پیمان از طریق ماده ۱۰ قانون مدنی بررسی می‌گردد. ماده‌ای که اصل آزادی قراردادها را در قانون ایران پذیرفته و دلیلی است برای پذیرش ارتباط‌های جدیدی که در جوامع امروزی ایجاد می‌شود. رابطه بانوی و ناشر به جهت ویژگی‌های خود، می‌تواند مصداقی از نمایندگی قانونی باشد. دستیابی، این احتمال را هم می‌توان مطرح کرد که برای دستیابی به اهداف فوق، این قسمت در پنج بند بررسی شود. در هر بند، یکی از احتمالاتی که می‌تواند بر رابطه ناشر و شرکت بانوی حکومت کند بررسی می‌گردد تا در نهایت ماهیت این پیمان روشن شود.

۱-۲- اجاره اشخاص

از احتمالاتی که می‌تواند بر رابطه بانوی و ناشر حکومت کند، اجاره اشخاص است. مطابق این عقد، پیوند فوق چنین تحلیل می‌شود: انتشار اوراق بهادار که در زمره وظایف بانوی قرار دارد، به موجب قراردادی به نهاد ناشر واگذار شده است. در واقع، نهاد واسط به عنوان اجیر شرکت بانوی به انتشار صکوک اقدام می‌کند. مطابق این احتمال، نهاد واسط اجیر و بانوی مستأجر قرارداد اجاره

صکوک^۱ یکی از روش‌های تأمین مالی است که در چند سال گذشته گسترش فراوان یافته است. این ابزارهای مالی اسلامی در پی نیاز مسلمانان به روش بدون ربا، به وجود آمده‌اند و از میان آن‌ها چند نمونه که در ایران به مرحله انتشار رسیده است، یا در چند سال آینده منتشر خواهد شد عبارتند از: اوراق اجاره، مزایه، 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 صرفاً برای کاهش انواع خطراتی است که انتشار صکوک به دنبال دارد. بانوی^۲ و سرمایه‌گذاران^۳ جزء گروه اول هستند و نهاد واسط^۴، ضامن، عامل پرداخت، عامل فروش، امین و چند نهاد دیگر، در گروه دوم قرار دارند.

بررسی حقوقی ابزارهای مالی مزبور، بعد جدیدی است که در سالیان اخیر مورد توجه حقوق‌دانان قرار گرفته است. یکی از مباحث حقوقی که بررسی آن، علاوه بر جنبه علمی و تئوری، فواید کاربردی در زمینه تنظیم مقررات نیز دارد، ارزیابی ماهیت حقوقی پیوند میان هر یک از ارکان فوق است.

از جمله پیوندهای مهمی که شرایط خاصی دارد، ارتباط نهاد واسط با شرکت بانوی است. به طور کلی در مورد این رابطه می‌توان گفت: ناشر به عنوان واسطه، یکی از اعمالی را که بانوی باید انجام دهد، بر عهده می‌گیرد. به عبارت دیگر، شرکت بانوی ممکن است در فعالیت‌های خود به مشکل مالی دچار شود؛ این شرکت، برای رفع این مسئله از طرق مختلف، همانند دریافت وام، کاهش سرمایه و غیره می‌تواند اقدام کند. یکی از راه‌های برطرف کردن مشکل مالی و تأمین وجوه لازم برای فعالیت‌های اقتصادی، انتشار اوراق بهادار اسلامی است. شرکت بانوی وظیفه انتشار این اوراق را از طریق نهاد واسط به عهده می‌گیرد. بنابراین، در این رابطه نوعی اعطای نیابت دیده می‌شود.

روشن شدن ماهیت حقوقی این ارتباط مشخص شدن حقوق و تکالیف هر یک از این دو عنصر در برابر هم در پی دارد که پرداختن به آن‌ها از لحاظ قانون‌گذاری اهمیت فراوانی دارد. به عبارت دیگر، مشخص شدن حقوق و تکالیف هر یک از بانوی و ناشر در برابر هم و ضمانت اجرای عدم انجام هر یک از تعهدات، در امر تصحیح و تنظیم مقررات دارای اهمیت فراوان است.

از آن جایی که مطالب ذکر شده در باب عقود معین، با ماهیت

1. Sukuk
2. Issuer
3. Investors
4. Special Purpose Vehicle (SPV)

اشخاص هستند.

۲-۲- حق العمل کاری

احتمال دیگری که می‌تواند به عنوان ماهیت حقوقی پیوند بانی و ناشر مطرح شود، حق العمل کاری^۵ است. تحلیل بر این اساس چنین می‌شود: عمل انتشار اوراق بهادار اسلامی را شرکت بانی، که امر است به نهاد واسطه، که در نقش حق العمل کار فعالیت می‌کند، اعطا می‌نماید.

موارد متعددی وجود دارد که احتمال حکومت حق العمل کاری را بر پیوند بانی و ناشر افزایش می‌دهند؛ از آن جمله: حق العمل کاری از عقود مطرح شده در قانون تجارت است؛ به موجب بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت، حق العمل کاری معامله و عملی تجاری است. حقوقدانان این عمل تجاری را ذاتی می‌دانند و معتقدند، برخلاف برخی اعمال تجاری دیگر، نیازی نیست حق العمل کاری در قالب و به وسیله مؤسسه‌ای انجام گیرد (ستوده تهرانی، ۱۳۸۶، ص ۴۶). انتشار صکوک نیز فعالیتی است که در حوزه امور تجاری صورت می‌گیرد؛ بنابراین، دو پیمان مطرح شده در یک حوزه اتفاق می‌افتد.

علاوه بر این، حق العمل کاری در درون خود، نوعی نمایندگی را دارد که از این جهت، هم به رابطه بانی و ناشر شباهت دارد. هم چنین شرکت بانی میزان اوراق را برای نهاد واسطه مشخص می‌نماید؛ یعنی ناشر، در مسیر انتشار صکوک و صرف وجوه حاصل از آن، باید در حد آنچه بانی مشخص کرده رفتار نماید؛ «در حق العمل کاری نیز امر رهبری معاملات را به دست دارد؛ قیمت‌ها را معین می‌کند و انجام معامله نسبه یا دادن پیش‌قسط برای خرید وابسته به اراده اوست.» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۰۷) مسئله دیگر که این احتمال را تقویت می‌کند، حکم بند ۱۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران است: «ناشر: شخص حقوقی است که اوراق بهادار را به نام خود منتشر می‌کند.» همان‌طور که روشن است، در حق العمل کاری نیز، مطابق حکم ماده ۳۵۷ قانون تجارت، عامل به اسم خود و به حساب دیگری فعالیت می‌نماید (اسکینی، ۱۳۸۸، ص ۸۶).

با وجود مطالب مزبور، حق العمل کاری هم برای حکومت بر رابطه بانی و ناشر چندان مناسب نیست؛ از جمله ایراداتی که می‌توان به آن اشاره کرد، تعهد حق العمل کار به مطلع کردن آمر از روند امور است.^۶ نهاد واسطه در ارتباط خود با بانی، چنین

حکومت اجاره اشخاص بر رابطه بانی و ناشر، ایراداتی دارد که ضرورت تلاش برای یافتن راه حل‌های دیگری را دو چندان می‌کند. از جمله ایرادات این است که، در اجاره اشخاص، مستأجر برای برگزیدن اجیر آزادی دارد و به دلایل شخصی برای انجام عملی، اجیری را انتخاب می‌کند و در مقابل کاری که او انجام می‌دهد، اجرتی را برای وی در نظر می‌گیرد. در واقع، مستأجر خود هم می‌تواند کار را انجام دهد، منتها بنا به دلایل شخصی مثل عدم تخصص، کمبود زمان و غیره اجیر را مأمور اجرای آن عمل می‌نماید. اما در پیوند مورد بحث، مطابق ماده ۳ 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 و ماده ۳ 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، بانی حق ندارد به انتشار اوراق اقدام کند. بنابراین، این نهاد در صورتی که با کمبود نقدینگی مواجه شود و بخواهد با انتشار صکوک این مشکل را حل نماید، خود حق انجام چنین کاری را ندارد و باید از طریق ناشر اقدام کند.

علاوه بر این، در پیوند فوق، نهاد واسطه از طرف بانی صکوک را منتشر می‌نماید. در واقع، نوعی نمایندگی در این بین وجود دارد؛ حال آن که، اجیر کار را برای مستأجر انجام می‌دهد نه از طرف وی (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۱۶). به عبارت دیگر، مستأجر از اجیر می‌خواهد که کار معینی را برای او انجام دهد و در مقابل متعهد می‌شود که اجرت اجیر را بپردازد (امامی، ۱۳۸۸، صص ۵۷ و ۵۸). در این رابطه، عنصر نمایندگی بسیار کم رنگ است در حالی که در پیوند ناشر و بانی، نهاد واسطه اوراق را از طرف شرکت بانی منتشر می‌نماید؛ نمایندگی در این رابطه پررنگ‌تر و محسوس‌تر است و ناشر ذکر می‌کند که صکوک برای تأمین مالی بانی منتشر شده است.

مطابق یکی از نظراتی که در مورد خصوص اجاره اشخاص مطرح شده، این عقد ویژه اعمال مادی است و اجیر گرفتن در حیطه اعمال حقوقی نیست. در این جا نیز انتشار اوراق و جمع‌آوری وجوه در زمره اعمال حقوقی هستند و نمی‌توان برای اجرای این گونه امور، فردی را تحت عنوان اجیر و تابع احکام اجاره اشخاص به کار گذاشت. بنابراین، تحلیل پیوند ناشر و بانی با عقد اجاره اشخاص دشواری‌هایی را در پی دارد که حل آن‌ها به استدلال‌ها و تفاسیر پیچیده نیازمند است.

۵. مطابق ماده ۳۵۷ قانون تجارت: «حق العمل کار کسی است که به اسم خود، ولی به حساب دیگری (آمر) معاملات کرده و در مقابل حق العملی دریافت می‌دارد.»

۶. مستنبط از ماده ۳۵۹ قانون تجارت. حکم شماره ۳۰۳ - ۱۳۱۶/۱۲/۱۵ شعبه ۲ دیوان عالی کشور در این باره چنین بیان می‌دارد: «شناساندن طرف معامله به آمر به طور تفصیل در مطلق احوال به موجب مادتين ۳۵۸ و ۳۵۹»

که اخذ کرده حق حبس خواهد داشت^۸. مطلب مزبور در مورد نهاد واسط وجود ندارد. در واقع، نهاد واسط حق الزحمه خود را از سرمایه‌گذاران دریافت می‌دارد^۹ و در قبال عملی که برای بانسی انجام می‌دهد مزدی نمی‌گیرد؛ از این رو، رابطه این نهاد با شرکت بانسی معوض نیست و تصور حق حبس برای ناشر نسبت به وجوهی که از سرمایه‌گذاران دریافت کرده، در مقابل بانسی، دشوار است؛ زیرا حق حبس به عنوان قاعده در تمامی عقود معوض وجود دارد (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص ۱۱۰؛ امامی، ۱۳۷۲، ص ۱۷۳؛ شهیدی، ۱۳۸۳، صص ۱۵۸ و ۱۵۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۸۲). در نتیجه، احتمال حکومت حق العمل کاری بر این پیوند اشکال دارد.

۳-۲- وکالت

یکی از عقودی که می‌تواند احکام و آثار این پیوند را مشخص و معین نماید، عقد وکالت است. در واقع، وکالت هم به عنوان یکی دیگر از احتمالات حکومت بر رابطه بانسی و ناشر مطرح است. به عبارت دیگر، بر طبق یک دیدگاه^{۱۰}، نهاد واسط نقش وکالتی دو جانبه را ایفا می‌کند. از یک سو، نسبت به برخی امور وکیل شرکت بانسی است و در انجام پاره‌ای امور دیگر، وکالت دارندگان صکوک را بر عهده دارد. آنچه ناشر تا زمان انتشار اوراق انجام می‌دهد، به وکالت از طرف بانسی است و بعد از فروش اوراق، به عنوان وکیل دارندگان اقدامات لازم و متناسب با ورقه منتشر شده را انجام می‌دهد. بنابراین، طبق این دیدگاه، ناشر در نقش وکیل و بانسی به عنوان موکل است (مصباحی مقدم، رحیمی، کاوند، ۱۳۸۹، ص ۱۵۴) و مقررات وکالت در قانون مدنی، حقوق و تکالیف این دو را نسبت به هم مشخص می‌نماید.

توجه به حقوق و تکالیف وکیل و موکل در قبال هم، تا حدودی حکومت این پیمان را تضعیف می‌نماید. در واقع، برخی از آن‌ها در رابطه مورد بحث وجود ندارد. دادن حساب دوره وکالت از تعهدات وکیل در برابر موکل است^{۱۱}. این امر هرگز

وظیفه‌ای را بر عهده ندارد. به عبارت دیگر، ناشر تعهدی ندارد که روند انتشار اوراق را به شرکت بانسی اطلاع دهد، تنها امری که نهاد واسط در قبال بانسی بر عهده دارد، انتشار صکوک و عرضه آن بر اساس آنچه شرکت بانسی خواسته است^{۱۲}.

در حق العمل کاری، عامل به نام خود، ولی به حساب آمر یک عمل حقوقی را انجام می‌دهد؛ یعنی در عملی که انجام می‌دهد، صحبتی از آمر نمی‌کند؛ اما فعالیت نهاد ناشر از طرف بانسی است و نام شرکتی را که برای آن اوراق را انتشار می‌دهد، بیان می‌کند. به عبارت دیگر، یکی از نظرات موجود در باب حق العمل کاری، نمایندگی ناقص است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۵۷) و این یعنی قرارداد، به نام نماینده و به حساب اصیل بسته می‌شود و هیچ رابطه حقوقی مستقیمی میان اصیل و طرف دیگر قرارداد به وجود نمی‌آید؛ ولی در انتشار اوراق، هر چند ناشر بعد از انتشار اوراق از میان دو طرف حذف نمی‌شود، ولی حقوق ناشی از این عمل و تعهدهای آن بر بانسی و سرمایه‌گذاران تحمیل می‌شود و شرکت ناشر یک واسطه است.

درست است که مطابق بند ۱۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، ناشر صکوک را به نام خود منتشر می‌نماید و از این جهت به حق العمل کاری شباهت دارد، ولی بر خلاف عقد مزبور، در آن مشخص است که هدف از انتشار این اوراق چیست. به عبارت دیگر، نام شرکت بانسی که نهاد واسط برای او صکوک را منتشر می‌کند، در درون اوراق و هم چنین بیانیه ثبت صکوک می‌آید. در ماده ۲۰ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره، مواردی که باید در بیانیه ثبت اوراق اجاره بیان شوند، ذکر شده و از جمله آن‌ها مشخصات بانسی است. مطلب فوق در ماده ۱۷ دستورالعمل انتشار اوراق مزایه نیز بیان شده است.

بحث حق حبس که در ماده ۳۷۱ قانون تجارت برای حق العمل کار بیان شده، موضوع دیگری است که حکومت حق العمل کاری را بر این رابطه تضعیف می‌کند. مطابق این ماده: «حق العمل کار در مقابل آمر برای وصول مطالبات خود از او، نسبت به اموالی که موضوع معامله بوده و یا نسبت به قیمتی

۸ در رابطه با حق الزحمه نهاد واسط لازم به ذکر است که، این نهاد بعد از دریافت اجاره‌بها یا ثمن معامله و یا سود ناشی از مضاربه از بانسی، حق‌الوکاله خود را بر می‌دارد و مابقی را بین سرمایه‌گذاران تقسیم می‌کند. عنوان وجوه دریافتی توسط ناشر از بانسی، اجاره‌بها، ثمن و سود ناشی از مضاربه است و این موارد متعلق به صاحب کالا در اوراق اجاره و مزایه و صاحب سرمایه در اوراق مضاربه است، بنابراین، به این نتیجه می‌رسیم که ناشر در ازای عملی که برای بانسی انجام می‌دهد، مبلغی از این شرکت نمی‌گیرد.

۹ مراجعه کنید به:

۱۰ http://www.spv.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=55

۱۱ ماده ۶۶۸ قانون مدنی: «وکیل باید حساب مدت وکالت خود را به

آن قانون که مقررداشته پس از انجام عمل، حق العمل کار باید آمر را از جریان اقدامات خود (که از آن جمله معرفی و تعیین خریدار یا فروشنده است) مستحضر دارد، لازم است...» متین، احمد، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۵، چاپ خانه هاشمی، بی تا، ص ۱۵۴، به نقل از (دمرچیلی، حاتمی، قرائی، ۱۳۹۰، ص ۷۰۲).

۱۲ مطابق ماده ۲ اساسنامه نهادهای واسط، موضوع شرکت عبارت است از: الف) موضوع اصلی: انتشار اوراق بهادار برای تأمین مالی طرح‌های مبتنی بر معاملات موضوع عقود اسلامی، ب) موضوع فرعی: سایر فعالیت‌هایی که به منظور انجام موضوع فعالیت اصلی شرکت با کسب مجوز از سازمان بورس و اوراق بهادار انجام خواهد شد

اگر رابطه فوق تابع وکالت باشد، بانی باید بتواند بر کارهایی که ناشر به وکالت از او انجام می‌دهد، نظارت کند. به عبارت دیگر، حق کنترل و نظارت موکل بر وکیل از وصف اذنی بودن وکالت حاصل می‌شود و ذاتی این عقد است (کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۱۹۵). حوزه فعالیت ناشر تابع اساسنامه این نهاد است و باید در چارچوب آن رفتار کند^{۱۱}. در راستای اهداف تعیین شده در اساسنامه، بانی هیچ نظارتی بر عملکرد نهاد واسط ندارد و این مطلب با اوصاف عقد وکالت در معنای خاص خود سازگار نیست. در نتیجه ادعای حکومت عقد وکالت بر رابطه شرکت بانی و ناشر خالی از توجیه است و این عقد همانند سایر احتمالات، به نحو کامل بر پیوند فوق منطبق نیست.

۴-۲- نمایندگی قانونی

یکی از اقسام نمایندگی بر اساس مبنا و سبب آن، نمایندگی قانونی است. در این گروه، قانون بعضی را نماینده افراد دیگر قرار می‌دهد که در اصطلاح فقها ولایت نام دارد؛ مانند ولایت پدر بر فرزند خویش و نمایندگی اداره تصفیه در کنترل اموال ورشکسته.

در کتب حقوق دانان، مثالی که به طور معمول برای این نوع بیان می‌شود، نمایندگی ولی قهری و قیم از مولی علیه خود است (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۸۰؛ شهیدی، ۱۳۸۵، صص ۱۳۵ و ۱۳۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۵۵؛ بهرامی احمدی، پیشین، ص ۴۷۰). برای حمایت از حقوق صغیر، اعمالی را که به وسیله ولی قهری، وصی و قیم برای مولی علیه صورت می‌گیرند، با استفاده از نظریه نمایندگی توجیه می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۱۳). علاوه بر ولایت ولی، وصی و قیم، قائم مقامی مدیر تصفیه از شخص ورشکسته نیز نوعی نمایندگی قانونی است؛ زیرا ماده ۴۱۸ قانون تجارت در پاراگراف دوم، بعد از ممنوع کردن ورشکسته از مداخله در اموال خود، چنین بیان می‌دارد: «...در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد، مدیر تصفیه قائم مقام قانونی ورشکسته بوده...»

نوع نمایندگی ناشر که به موجب آن به انتشار اوراق اقدام می‌نماید، می‌تواند به عنوان مصداق نوینی از نمایندگی قانونی باشد. از آن جایی که شرکت بانی، در صورت نیاز به انتشار

در جایی به عنوان وظیفه نهاد ناشر در مقابل شرکت بانی قید نشده است. دو رکن مزبور پیش از انتشار اوراق توافقات لازم را بر چگونگی انتشار و نحوه مصرف کردن وجوه انجام داده‌اند و در این زمینه قراردادهایی منعقد کرده‌اند. هر چند بانی باید هزینه‌هایی را که ناشر متحمل شده پرداخت کند، ولی نکته در این است که ناشر تکلیفی برای دادن حساب دوره فعالیت ندارد. معمولاً پیش از انتشار اوراق، این هزینه‌ها به صورت احتمالی محاسبه می‌شود.

موضوع دیگر، پرداخت اجرت است. به حکم ماده ۶۷۵ قانون مدنی، موکل باید اجرت وکیل را پرداخت نماید، مگر در صورتی که به شکل دیگری توافق کرده باشند. در پیوند بانی و ناشر، اجرتی از ناحیه بانی در مقابل عملی که نهاد واسط برای او انجام می‌دهد، پرداخت نمی‌شود. حداقل این مطلب در مقرره‌ها و نوشته‌های موجود مسکوت گذاشته شده است. این سکوت، در کنار تصریح به پرداخت اجرت ناشر از طرف سرمایه‌گذاران در کتب و مقالات موجود (موسویان، ۱۳۹۰، ص ۳۶۶؛ حدادی، موسویان، فکری، بی‌تا، ص ۱۱۴؛ گلستانی، ۱۳۸۹، صص ۴۶ و ۴۷؛ موسویان، کاوند، ردادی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۷؛ سروش، صادقی، ۱۳۸۶، صص ۱۶۱؛ مصباحی مقدم، رحیمی، کاوند، پیشین، ص ۱۵۲)، چنین نتیجه می‌دهد که عمل شرکت بانی و نهاد واسط بلاعوض است. بلاعوض بودن تا حدودی با اوصاف عقد وکالت که مجانی است، مطابقت دارد و حتی می‌تواند به عنوان دلیلی برای اثبات مدعا استفاده شود. منتها در این رابطه باید دقت داشت که اگر چه وکالت در زمره عقود مجانی است، ولی این بدان معنا نیست که وکیل در قبال انجام موضوع وکالت، مستحق اجرت نمی‌باشد؛ بلکه پرداخت حق الوکاله نتیجه اجرای مفاد نمایندگی است و جنبه فرعی و تبعی دارد. موکل زمانی می‌تواند حق الوکاله وکیل را ندهد که دو طرف در این خصوص توافق داشته باشند. چنان که ماده ۶۷۷ قانون مدنی بیان می‌دارد: «اگر در وکالت مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد محمول بر این است که با اجرت باشد». در پیوند بانی با ناشر، هرگز توافقی برای عدم پرداخت اجرت از طرف شرکت بانی، صورت نگرفته؛ این در حالی است که اگر رابطه فوق را وکالت بدانیم، حمل بر با اجرت بودن می‌شود و این مطلب با بلاعوض بودن پیوند بانی و نهاد واسط سازگار نیست.

در ارتباطی که بانی و ناشر با هم دارند، هیچ نظارتی از ناحیه شرکت بانی بر نهاد واسط صورت نمی‌گیرد. در حالی که

۱۱. ماده ۵ دستورالعمل نهادهای واسط مصوب ۱۳۸۹/۵/۱۱ شورای عالی بورس و اوراق بهادار، در اجرای ماده ۱۱ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید به منظور تسهیل اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی، مصوب آذرماه ۱۳۸۸ مجلس شورای اسلامی، چنین بیان می‌دارد: «نهاد واسط جز در موارد تعیین‌شده در موضوع فعالیت در اساسنامه خود، مجاز به هیچ‌گونه فعالیت دیگری نمی‌باشند».

موکل بدهد و آن چه را که به جای او دریافت کرده است به او رد کند».

واقع، ولایت قهری نتیجه هم‌بستگی نسبی و عاطفی عمیق طفل با پدر و جد پدری است (رادان جبلی، بی‌تا، ص ۲۱) و هرگز با ارتباط ناشر و بانوی که در حوزه نفع و انتفاع به وجود می‌آید، قابل قیاس نیست.

علاوه بر این، نمایندگی قیام از فرد محجور و مدیر تصفیه از ورشکسته که نوعی نمایندگی قانونی هستند، هر دو معوض‌اند. در واقع، به حکم ماده ۱۲۴۶ قانون مدنی در مورد قیام و ماده ۴۴۲ قانون تجارت در مورد مدیر تصفیه^{۱۳}، هر دو شخص، مستحق دریافت اجرت هستند. از بیان این مطالب، نتیجه حاصل می‌شود که غیرمعوض بودن نمایندگی قانونی امری استثنایی و تنها مربوط به ولایت قهری است، آن هم با توجه به ارتباط بسیار نزدیک ولی و صغیر توجیه می‌شود. اما در مورد رابطه ناشر و بانوی، با توجه به عرصه شکل‌گیری این ارتباط، چندان قابل قبول نیست. از آن چه گفته شد، روشن می‌شود که، اگر چه شرکت بانوی برای انتشار صکوک باید به نهاد واسط مراجعه کند و این مطلب، به امر مقامات صالح و دستورالعمل‌های موجود، بر بانوی تحمیل شده است، ولی پیوند ناشر و بانوی به دلیل عدم تطابق با قواعد کلی این نوع نیابت، هرگز مصداقی از نمایندگی قانونی در معنای خاص خود نیست.

۵-۲- حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادها

پذیرش اصل آزادی قراردادی در یک کشور، نتایجی را به دنبال دارد که یکی از مهمترین آن‌ها، آزادی اشخاص در تنظیم روابط حقوقی خود به هر صورت که مایل باشند، است (صفایی، پیشین، ص ۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۴۶؛ بهرامی احمدی، پیشین، ص ۷۰). اصل مزبور، در ماده ۱۰ قانون مدنی آمده است و بنابراین، نتیجه فوق نیز به تبع این اصل در ایران پذیرفته شده است؛ در نتیجه یکی دیگر از احتمالاتی که در رابطه بانوی و ناشر می‌تواند مطرح شود، حکومت اصل آزادی قراردادها بر پیوند فوق است. با این توضیح که اراده شرکت بانوی و نهاد واسط بر رابطه آن‌ها حکومت می‌کند و در راه رسیدن به ماهیت حقوقی پیوند فوق، با وجود اصل آزادی قراردادها، نیازمند توسل به عقود معین نیستیم؛ بلکه به راحتی می‌توان پیوند فوق را مصداقی از نتایج اصل آزادی قراردادی دانست.

۱۳. ماده ۱۲۴۶ قانون مدنی: «قیام می‌تواند برای انجام امر قیمومت مطالبه اجرت کند...» ماده ۴۴۲ قانون تجارت: «میزان حق الزحمه مدیر تصفیه را محکمه در حدود مقررات وزارت عدلیه معین خواهد کرد». هم‌چنین در این مورد ماده ۷ نظام‌نامه امور ورشکستگی قانون تجارت مصوب خرداد ماه ۱۳۱۱ نیز قابل توجه است.

صکوک، به حکم مقرره‌های قانونی موظف است این اقدام را از طریق شرکت ناشر صورت دهد و خود حق انجام چنین عملی را ندارد، می‌توان این نمایندگی را به حکم قانون یا همان نمایندگی قانونی دانست. در این صورت، نهاد واسط باید در حدود قوانین و مقررات رفتار کند.

یکی از ویژگی‌های نمایندگی مزبور، عدم دخالت اصیل در انتخاب شخص نماینده است. این امر، می‌تواند به عنوان مانعی بر سر راه پذیرش نمایندگی قانونی در رابطه بانوی و نهاد واسط لحاظ شود. به عبارت دیگر، اگر بپذیریم که اقدام ناشر از طرف شرکت بانوی، مصداق جدیدی از نمایندگی قانونی است، با این ایراد رو به رو می‌شویم که در نمایندگی قانونی شخص اصیل حق هیچ‌گونه دخالتی در گزینش نماینده ندارد؛ این نماینده، یا به حکم قانون و یا از طریق رای دادگاه انتخاب می‌شود (شهیدی، پیشین، ص ۱۳۶؛ امامی، پیشین، ص ۲۶۰). حال آن که، شرکت بانوی در صورت نیاز به انتشار اوراق، خود نهاد واسط را برای این امر برمی‌گزیند.

دقت در شخصی که باید حق الزحمه نهاد ناشر را پرداخت نماید، سبب بروز ایراد دیگری می‌شود. چنان که گذشت، شخصی که وظیفه پرداخت اجرت نهاد واسط را بر عهده دارد، در مقرره‌های موجود مشخص نیست؛ ولی در کتب و مقالاتی که در زمینه صکوک نوشته شده، سرمایه‌گذاران را پرداخت‌کننده اجرت و حق الزحمه نهاد واسط دانسته‌اند. در نتیجه رابطه ناشر و بانوی، علی‌رغم شکل‌گیری در عرصه تجارت، غیرمعوض است؛ یعنی بانوی در قبال کاری که نهاد واسط برای او انجام می‌دهد، مبلغی را پرداخت نمی‌کند.^{۱۴}

مطلب مزبور تا حدودی می‌تواند توجیه‌کننده نمایندگی قانونی ناشر از بانوی باشد؛ به این بیان، ولی قهری که پدر و جد پدری هستند، معمولاً در برابر انجام کارهای صغیر، حق الزحمه‌ای دریافت نمی‌کنند. بنابراین، مطلب فوق می‌تواند توجیهی بر وجود نمایندگی قانونی بین ناشر و شرکت بانوی باشد. اما فلسفه و عرصه شکل‌گیری این دو نوع ارتباط، پذیرش نتیجه فوق را دشوار می‌کند. به عبارت دیگر، ارتباط ولی قهری و صغیر برخلاف برخی از روابط انسانی که بر مبنای امور مادی شکل گرفته است، حاصل نیازهای معنوی و عاطفی است. در

۱۴. مسکوت گذاشته شدن این مطلب در مقررات اوراق فوق، سبب ایجاد سردرگمی زیادی شده است؛ زیرا از یک طرف، غیرمعوض دانستن این پیوند که در عالم تجارت اتفاق می‌افتد، چندان معقول نیست و از طرف دیگر، تصریح به الفاظی مانند: «اجاره‌بها، ثمن معامله، سود مضاربه و غیره، بر مشکلات می‌افزاید و راهی جز غیرمعوض دانستن این رابطه باقی نمی‌گذارد.

پیدا کرده یا خیر؛ در این موارد اصلِ صحت را جاری می‌کنیم (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۲۲۳؛ بهرامی احمدی، پیشین، ص ۳۴۱؛ امامی، پیشین، ص ۲۳۳) و می‌گوییم: پیوند ناشر و بانی، مطابق اصل صحت صحیح است. حال که صحت آن روشن شد، به بررسی مطابقت آن با ماهیت‌های حقوقی شناخته شده در قانون می‌پردازیم که با هیچ یک به صورت کامل تطابق ندارد. در نتیجه آن را یک عقد غیرمعین و تابع ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی می‌دانیم.

انتقاد دیگری که امکان طرح آن وجود دارد این است که، اگر قائل به حکومت ماده ۱۰ قانون مدنی بر این رابطه شویم، پیوند فوق را یک عقد غیرمعین دانسته‌ایم که در آن اراده طرفین نقش بسیار گسترده‌ای دارد و به گونه‌ای که می‌تواند هرگونه که خواستند آثار و احکام آن را مشخص کنند. در واقع، یکی از نتایج پذیرش اصل آزادی قراردادها این است که اشخاص آزادانه بتوانند طرف عقد خود را انتخاب کنند (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۵۷)، در حالی که وظیفه ناشر به حکم اساس نامه این نهاد انتشار صکوک است و از طرف دیگر، شرکت بانی هم مجاز به انتشار اوراق نیست و حتماً باید برای این عمل، به نهاد واسط مراجعه کند. بنابراین، در رابطه فوق اراده دو طرف، نقش بسیار محدودی دارد و آنان به تبعیت از دستور قانون در این راستا مکلف هستند. به عبارت دیگر، اگر عملی را انجام می‌دهند به دلیل اراده و خواست آزاد آن‌ها نیست، بلکه به دستور قانون و مقرره‌هاست. در نتیجه اعتقاد به این که رابطه فوق به طور کامل با اصل آزادی قراردادها و آثار این اصل تطابق دارد، اشکال دارد؛ زیرا بانی در انتخاب طرف قرارداد خود آزادی کامل ندارد.

در جواب این انتقاد باید گفت، یکی از مهمترین نتایج اصل آزادی اراده طرفین در انعقاد قرارداد، این است که لزومی ندارد، متعاقباً برای انجام معاملات و اعمال حقوقی، متوسل به عقود معین و شیوه‌های سنتی شوند، بلکه آنها می‌توانند پیمان خود را آن گونه که صلاح می‌دانند منعقد نمایند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۴۴؛ بهرامی احمدی، پیشین، ص ۶۵؛ رفیعی مقدم، ۱۳۹۰، ص ۵). این که بانی به حکم مقرره‌ها باید به ناشر مراجعه کند و در انتخاب طرف قراردادش تا حدودی محدودیت دارد، با اصل آزادی قراردادها منافاتی ندارد. در واقع، بانی مطابق همین اصل می‌تواند شرایط انتشار اوراق و شیوه عرضه آن را برای نهاد واسط تشریح کند. آن چه اتفاق افتاده این است که مراجع صالح بنا به دلایلی خواسته‌اند، عمل انتشار اوراق را از بانی بگیرند و این هرگز با اصل آزادی قراردادی در تعارض نیست.

در کتب حقوقی، مباحثی در مورد دایره شمول ماده ۱۰ قانون مدنی مطرح شده است و در ذیل این موضوعات نتیجه می‌گیرند که نمی‌توان عقد معینی را در صورت فاقد بودن یکی از شرایط اختصاصی صحت خود، به عنوان یک عقد غیرمعین مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی و صحیح دانست. علت این نظر را دو امر بیان می‌کنند: از یک طرف، صحیح دانستن معامله‌ای که شرایط اختصاصی صحت خود را ندارد، با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی موجب می‌شود که یک معامله خاص طبق برخی مقررات قانونی باطل و مطابق برخی دیگر صحیح باشد. از طرف دیگر، اگر قرار باشد بتوان عقد فاقد یکی از شرایط اختصاصی را به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح دانست، باید همه مقررات قانونی مربوط به این شرایط و اصولاً کلیه مقررات عقود معین اعم از قواعد راجع به شرایط، تعاریف، احکام و آثار آن را زاید و یا آن‌ها را صرفاً مقررات تفسیری یا اختیاری تلقی نمود و حکم کرد که اشخاص می‌توانند مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی هر نوع قراردادی را به هر شکل، خصوصیت و هر اثر که مورد نظرشان باشد، منعقد کنند (شهیدی، پیشین، صص ۱۸۵ و ۱۸۶).

این مطلب، می‌تواند به عنوان ایرادی برای حکومت اصل آزادی قراردادها بر رابطه ناشر و بانی مطرح شود؛ به این بیان که، در پیوند فوق، هدف اعطای نیابت است. بنابراین، در قالب عقد وکالت سازمان یافته و به جهت عدم رعایت برخی از احکام وکالت، نمی‌توان آن را مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی دانست. این ایراد چندان صحیح نیست؛ زیرا کسانی که معتقدند نمی‌توان عقد معین فاقد شرایط اختصاصی صحت خود را به عنوان یک عقد غیرمعین، صحیح دانست منظورشان در جایی است که دو نفر قصد دارند، حقیقت و آثار یک عقد معین را بدون رعایت تشریفات آن عقد و با هدف دور زدن مقررات در قالب عقد غیرمعین قرار دهند. به عنوان مثال، طرفین می‌خواهند، یک مال مشخص را فقط با ایجاب و قبول و بدون اقباض، مورد وثیقه و رهن قرار دهند، در این حالت مطابق نظر فوق، این نحوه رهن دادن نمی‌تواند تحت عنوان ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح باشد.

در رابطه ناشر و بانی، حقیقت و ماهیت عقد وکالت را نمی‌توان مدنظر دو طرف فرض کرد. در این جا پیمانی صحیح اتفاق افتاده است که تحت هیچ یک از عناوین عقود معین توجیه شدنی نیست. به این جهت آن را موضوع ماده ۱۰ قرار می‌دهیم تا بتوانیم آثار و احکام این رابطه را مشخص نماییم. در واقع، با عملی مواجه هستیم که در عالم اعتبار عرفی واقع گردیده، اما معلوم نیست چنین عقدی در عالم حقوق و قانون موجودیت

۳- آثار رابطه بانی و ناشر در اوراق اجاره، مرابحه و مضاربه

چنان که روشن شد، رابطه فوق، ماهیت ویژه‌ای دارد. تا حدودی به نمایندگی قانونی شبیه است و در عین حال آثار و احکام خاصی دارد که با شرایط مقررهای کنونی، ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده می‌تواند توجیهی بر آن باشد. در هر صورت، انعقاد هر رابطه حقوقی، سبب وضع حقوق و تکالیفی بین دو طرف می‌شود. پیوند بانی و ناشر هم از این قاعده مستثنا نیست و برای هر یک از طرفین حقوق و تکالیفی بوجود می‌آورد. این قسمت را به ارزیابی تکالیف هر یک از دو طرف در قبایل دیگری اختصاص می‌دهیم. ابتدا، تعهدات ناشر نسبت به بانی و در ادامه، تعهدات بانی را نسبت به ناشر بررسی می‌کنیم.

۳-۱- تعهدهای ناشر در برابر بانی

نهاد واسط که از طرف بانی به انتشار اوراق اقدام می‌کند، در راستای اجرای این وظیفه، تکالیفی را بر عهده دارد. عدم مراعات این تکالیف، موجب مسئولیت ناشر در قبایل شرکت بانی می‌شود. این تعهدات عبارتند از:

۱-۱-۳- انتشار اوراق بهادار اسلامی و جمع‌آوری

وجوه

اثر اصلی قرارداد، پیدایش وظیفه قانونی بر اجرای عمل مثبت یا منفی مورد قرارداد است. یعنی زمانی که پیوندی در عالم حقوق شکل می‌گیرد، یکی از طرفین، یا هر دو طرف در مقابل دیگری ملزم به انجام، یا ترک فعلی می‌شود که به موجب قرارداد بر عهده او قرار گرفته است (شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۲۷). در برابر بانی، ناشر باید مورد معامله را اجرا کند. تعهد نهاد واسط در این پیوند، همان وظیفه‌ای است که برای آن تشخیص یافته^{۱۴} و در اساس‌نامه نهادهای واسط به عنوان موضوع شرکت ناشر بیان گردیده است. در واقعه تعهد ناشر در مقابل بانی در تمامی اوراق بهادار اسلامی یکی است و نوع و ورقه تأثیری در آن ندارد.

در تمامی صکوک، نهاد واسط باید بنا به نوع درخواست شرکت بانی، به انتشار برگه‌ها و جمع‌آوری وجوه حاصل از

۱۴. نهاد واسط یک شخصیت حقوقی است و در مورد اشخاص حقوقی اصلی وجود دارد، به نام اصل تخصص که شخص حقوقی باید تابع آن اصل باشد؛ به این معنی که هر شخص حقوقی فقط می‌تواند در حدود صلاحیت قانونی، یعنی درباره اموری که به موجب قانون یا بر طبق اساس‌نامه جز اختیارات و وظایفش گذاشته شده است، عمل و اقدام نماید. لذا یک شرکت بازرگانی که طبق اساس‌نامه خود برای اشتغال به تجارت در داخل کشور تأسیس و تشکیل شده است، نمی‌تواند به تجارت خارج بپردازد مگر آن که موضوع اصلی فعالیت خود را تغییر دهد و اساس‌نامه خود را منطبق با آن نماید.

فروش این اوراق اقدام نماید. به عنوان مثال، اگر بانی بخواهد از طریق صکوک مرابحه مشکل مالی خود را پوشش دهد، به نهاد واسط مراجعه و با این نهاد پیمانی را منعقد می‌کند. به موجب این قرارداد، ناشر متعهد می‌شود، صکوک مرابحه را برای تأمین مالی بانی منتشر نماید و با فروش این اوراق، سرمایه‌گذاران مبالغ لازم را جهت اجرای اعمال بعدی جمع‌آوری نماید.

وظیفه نهاد واسط در قبایل شرکت بانی، به انتشار و عرضه اوراق محدود است و اقداماتی که بعد از به دست آوردن مبالغ از طرف ناشر صورت می‌گیرد، مثل خرید کالا، اجاره دادن آن، فروش اقساطی و غیره، تعهد ناشر در برابر سرمایه‌گذاران است نه بانی. تعهد نهاد واسط در این جا انجام یک عمل مثبت است و هرگز در قبایل بانی متعهد به ترک فعلی نمی‌شود.

ناشر بخشی از تعهد خود در برابر بانی را از طریق نهادی به اسم عامل فروش انجام می‌دهد. عامل فروش در بند ۶ ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره تعریف شده است. به طور کلی می‌توان گفت: عامل فروش، شخص حقوقی است که نسبت به عرضه و فروش صکوک از طرف ناشر اقدام می‌نماید. در مورد عامل فروش، ماده ۷ دستورالعمل فوق نیازمند دقت است. در ماده ۷ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره آمده است: «عامل فروش اوراق اجاره از بین بانک‌ها یا مؤسسات مالی و اعتباری تحت نظارت بانک مرکزی و شرکت‌های تأمین سرمایه، شرکت‌های کارگزاری بورس اوراق بهادار تهران یا فرابورس ایران توسط بانی تعیین می‌گردد». ماده ۷ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه نیز با عباراتی مشابه، نحوه انتخاب عامل فروش صکوک مرابحه را از بین شرکت‌های کارگزاری عضو بورس اوراق بهادار تهران یا فرابورس ایران، توسط بانی تعیین کرده است.

مواد بیان شده فوق ممکن است این مطلب را به ذهن متبادر کند که نوعی نقض غرض صورت گرفته است؛ زیرا هدف از جدا کردن ناشر و بانی، کاهش میزان خطر پذیری این اوراق و جلوگیری از سوءاستفاده شرکت بانی است (سعیدی، ۱۳۸۸، ص ۳۶)^{۱۵} و به همین دلیل، همواره در مواد مختلفی از انتشار صکوک توسط نهاد واسط صحبت شده است. به عنوان مثال، در ماده ۳ هر دو دستورالعمل بالا، انتشار اوراق را صرفاً توسط نهاد واسط مجاز می‌داند؛ یا بند ۱۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، ناشر را شخص حقوقی معرفی

۱۵. هم‌چنین مراجعه کنید به مشروح مذاکرات کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار به آدرس:

<http://www.rdis.ir/NegDetail.asp?NegID=34>

۲-۱-۳- خرید کالای بانی با وجوه جمع آوری شده

این تعهد ناشر در برخی از انواع صکوک اجاره و مرابحه وجود دارد. در اوراق اجاره، زمانی که فروشنده و بانی یکی باشند^{۱۸} و اوراق مرابحه که جهت تأمین نقدینگی^{۱۹} منتشر می‌شوند، این تعهد برای نهاد واسط وجود دارد. به عبارت دیگر، در دو نوع فوق، نهاد ناشر علاوه بر تعهد به انتشار و فروش اوراق، در برابر بانی نیز متعهد است که کالای وی را با وجوه حاصل از فروش صکوک خریداری کند.

در آن نوع از صکوک اجاره که فروشنده و بانی یک شخص هستند، ناشر بعد از انتشار اوراق و فروش آنها، از یک طرف، در برابر سرمایه‌گذاران ملزم است که با مبالغ آنها کالایی را بخرد و به شرکت بانی به اجاره بدهد؛ از طرف دیگر، در برابر بانی متعهد است که با وجوه جمع‌آوری شده، کالای بانی را بخرد و به خود این نهاد اجاره بدهد. پس تعهد ناشر در این فرض، در قبال دارندگان اوراق محدود است و کالا را از هر فروشنده‌ای نمی‌تواند بخرد. در نتیجه جمع تعهد ناشر در برابر سرمایه‌گذاران مبنی بر خرید کالا با تکلیف این نهاد، در برابر بانی چنین می‌شود که نهاد واسط کالای بانی را می‌خرد و به خود این شرکت اجاره می‌دهد.

در صکوک مرابح، جهت تأمین نقدینگی نیز تعهدی اضافی بر عهده ناشر قرار دارد. در فرآیند عملیاتی این اوراق، بانی و فروشنده یکی است؛ نهاد واسط کالای خود بانی را به صورت نقدی می‌خرد و به همین شرکت به صورت نسبی می‌فروشد. بنابراین، در این نوع از صکوک مرابحه، مانند اوراق اجاره بیان شده، ناشر علاوه بر تعهدش بر انتشار و عرضه صکوک، در قبال شرکت بانی تکلیف سومی هم دارد. البته این نوع از اوراق مرابحه به دلیل مبتنی بودن بر بیع عینه (حسینی عاملی، بی تا، ص ۴۹۶) در کشور ما زمینه انتشار ندارد و به مرحله عمل نرسیده است (موسویان، ۱۳۹۰، ص ۳۵۷). دلیل بیان ما در ۴ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه^{۲۰} هم جلوگیری از انتشار این نوع است.

۱۸. در این صورت نهاد ناشر، کالای شرکت بانی را که به نقدینگی نیاز دارد، می‌خرد و سپس همین کالا را به خود بانی اجاره می‌دهد که براساس نوع اجاره به سه صورت متصور است: ۱. اجاره عادی ۲. اجاره با شرط حق اختیار فروش ۳. اجاره به شرط تملیک (Sale and lease back) ۱۹. در این روش مؤسسه ناشر اوراق، دارایی‌های دولت، سازمان‌ها و بنگاه‌های اقتصادی را به صورت نقد خریداری می‌نماید، سپس به قیمتی بالاتر و به صورت نسبی مدت‌دار به خود آنها می‌فروشد. به عبارت دیگر، از خود بانی می‌خرد و به خود او می‌فروشد. این شیوه که در سال ۱۹۹۲ در اقتصاد مالزی مورد استفاده قرار گرفت، مبتنی بر بیع عینه غیرمجاز است. ۲۰. مطابق ماده ۴ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه: «بانی و فروشنده نباید دارای شخصیت حقوقی واحد باشند».

می‌کند که اوراق بهادار را منتشر می‌نماید. با توجه به این مواد و اساس نامه نهادهای واسط، روشن می‌شود که ناشر باید اوراق را منتشر نماید و شرکت بانی حق دخالت در این روند را ندارد. از این رو، وقتی به ماده ۷ دو دستورالعمل فوق‌الذکر دقت می‌کنیم، به نظر می‌آید که این مواد، به نحوی نقض غرض قانون‌گذار از تفکیک واسط و بانی است.

به عبارت دیگر، وقتی وظیفه انتشار صکوک بنا به هر دلیلی بر عهده ناشر گذاشته شده و این عمل صرفاً از ناحیه نهاد مزبور مجاز دانسته شده است، انتخاب عامل فروش توسط بانی و حتی پرداخت حق الزحمه این نهاد به وسیله شرکت بانی، نقض هدف قانون‌گذار به شمار می‌آید. این مطلب، اگر چه در ابتدا ممکن است به ذهن متبادر شود، ولی باید دقت داشت که هرگز نقض غرضی صورت نگرفته است. در واقع، همانطور که بیان شد، ناشر در برابر بانی دو تعهد اصلی دارد، نخست انتشار اوراق و دوم عرضه آنها برای فروش. عامل فروش هرگز در زمینه انتشار صکوک دخالت نمی‌کند، تا انتخاب آن توسط بانی را دلیلی برای نقض هدف قانون‌گذار بدانیم. این نهاد صرفاً قسمت دوم را که عرضه عمومی اوراق است بر عهده دارد. دخالت عامل فروش، محدود به عرضه اولیه اوراق است و باید بعد از جمع‌آوری وجوه آن را به حساب ناشر واریز کند.

انجام این تعهد نهاد واسط توسط عامل فروش، همانند نقش عامل پرداخت^{۱۶}، با بیان این مطلب که ناشر وکیل شرکت بانی است و حق توکیل به غیر را دارد توجیه شده است^{۱۷}. پذیرفتن موضوع مزبور این نتیجه را در پی دارد که خود ناشر باید عامل فروش را انتخاب کند؛ زیرا طبق ادعای مطرح شده، این نهاد وکیل بانی است و حق توکیل دارد و به همین دلیل بخشی از تعهد خود را به عامل فروش واگذار می‌نماید. حال آن که عامل فروش توسط بانی انتخاب می‌شود و ناشر در این زمینه حقی ندارد و مجبور است با عامل فروشی که شرکت بانی برای عرضه اوراق انتخاب کرده، قرارداد منعقد نماید. علاوه بر این، نهاد واسط، حق ندارد خود به عرضه و فروش صکوک اقدام کند؛ در حالی که اگر وکیل بانی بود، می‌بایست بین عرضه و فروش توسط خود یا عامل فروش مختار باشد.

۱۶. مطابق بند "ح" ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره: «عامل پرداخت: شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه است که نسبت به پرداخت‌های مرتبط با اوراق اجاره در سررسیدهای معین به سرمایه‌گذاران اقدام می‌نماید». این نهاد در بند ۵ ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه با عبارتی مشابه نیز توضیح داده شده است. ۱۷. مراجعه کنید به:

http://www.spv.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=48&Itemid=56

۳-۱-۳- رعایت حدود نمایندگی

این رو، به اجاره کردن مکلف است. این تعهد شرکت بانی در صکوک اجاره بستگی به نوع ورقه اجاره ندارد و در همه انواع این اوراق وجود دارد.

در صکوک مرابحه، وظیفه و تعهدی که بر عهده بانی قرار دارد، خرید کالا از ناشر است. به عبارت دیگر، بانی موظف است کالایی را که نهاد واسط با وجوه سرمایه‌گذاران به صورت نقدی خریداری کرده، به صورت اقساطی بخرد. مبنای این وظیفه، همانند اوراق اجاره، این است که درخواست انتشار صکوک مرابحه توسط بانی به نهاد واسط اعطا شده و ناشر هم کالا را با هدف فروش به شرکت بانی خریداری کرده است؛ بنابراین، بانی که عامل شروع عملیات انتشار اوراق است، باید این تعهد را انجام دهد.

زمانی که شرکت بانی برای اجرای فعالیت تجاری خود، نیارمند وجه نقد و سرمایه است و برای برطرف کردن این مشکل، انتشار اوراق مضاربه را به ناشر درخواست می‌دهد، در برابر نهاد واسط وظیفه دارد که با وی قرارداد مضاربه منعقد کند. در واقع، موظف است در نقش عامل یا مضارب قرارداد مضاربه، با ناشر پیمان ببندد.

در رابطه با این تعهد شرکت بانی باید گفت: قبل از این که ناشر اوراق را منتشر کند، قراردادهایی مابین نهادهای درگیر در فرآیند انتشار بسته می‌شود^{۲۱}؛ یکی از این قراردادها مربوط به تعهد بانی در ارتباط با اجاره کالا در صکوک اجاره، خرید آن در اوراق مرابحه و عقد قرارداد مضاربه در صکوک مضاربه است. بنابراین، به ظاهر اگر این تعهد را دارای نتیجه بدانیم و مسئولیت را به صرف عدم حصول نتیجه بر این شرکت بار کنیم (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۴۳)، برای جذب سرمایه در عرصه نو ظهور صکوک، بهتر باشد.

در رابطه با خطر پذیری اوراق بهادار اسلامی در حالت کلی می‌توان گفت: صکوک به عنوان نماینده ابزارهای مالی اسلامی، به صورت ذاتی نسبت به سایر ابزارهای مالی از خطر پذیری بیشتری برخوردار است (Arsalan Tariq & Dar, 2007, p.209). دلیل این موضوع نیز آن است که تقریباً تمامی ابزارهای مالی اسلامی مبتنی بر مالکیت دارایی است. بنابراین، خطرپذیری این دارایی به سرمایه‌گذاران منتقل می‌شود (Adam & Thomas, 2004, p.8). از این رو دارای نتیجه دانستن تعهد مزبور، امری مؤثر و کارآمد است.

باید اشاره شود که عدم انجام تعهد مزبور توسط بانی به

۲۱. مراجعه کنید به:

http://www.spv.ir/images/pdf/ravande_ejraee.pdf

ناشر، در قبال بانی موظف به رعایت حدود نمایندگی است. در واقع، نهاد ناشر به جز مواردی که به حکم اساسنامه نهادهای واسط و سایر مقرره‌ها در قبال بانی بر عهده دارد، حق ندارد اقدام دیگری را که خارج از حدود وظیفه‌اش است، انجام دهد. به عنوان مثال، در صکوک اجاره، مرابحه و مضاربه، ناشر موظف به منتشر و عرضه کردن این اوراق است. به غیر از انواع خاص صکوک مورد بحث، نهاد واسط حق ندارد عمل دیگری را خارج از این حدود صورت دهد. این تکلیف به صراحت در ماده ۵ دستورالعمل نهادهای واسط که در بالا بیان شد، آمده است.

وظیفه رعایت حدود نمایندگی در اوراق بیان شده در مبحث ۳-۱-۲ (خرید کالای بانی با وجوه جمع‌آوری شده) بیشتر و ملموس‌تر است. در واقع این انواع خاص، چنان که گذشت، تعهدی اضافه برای ناشر ایجاد می‌کند. به عنوان مثال، نهاد واسط بعد از انتشار، عرضه و فروش صکوک اجاره‌ای که وحدت فروشنده و بانی دارد، در قبال شرکت بانی هنوز متعهد است و باید کالای این شرکت را خریداری کند. بنابراین در این حالت، ناشر حق ندارد با وجوه جمع‌آوری شده، از فروشنده دیگری غیر از بانی، کالا را تهیه نماید. در صورت انجام چنین عملی، اقدامش خارج از حدود نمایندگی است و فضولی محسوب می‌شود (امامی، ۱۳۸۸، صص ۳۰۳ و ۳۰۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۸۰)؛ اگر شرکت بانی اقدام نهاد واسط را تنفیذ کند عمل نهاد واسط معتبر است و بانی باید کالای خریداری شده را اجاره نماید. چنان چه تنفیذ نکند، مسئولیت خسارت وارد شده بر عهده ناشر است و باید جوابگوی آن باشد.

۳-۲- تعهدهای بانی در برابر ناشر

بانی که برای تأمین مالی خود، شیوه انتشار اوراق بهادار اسلامی را برگزیده است و برای اجرایی کردن این هدف، به ناشر مراجعه کرده، در مقابل این نهاد تعهداتی بر عهده دارد و باید به وظایفی که ارتباط برای او ایجاد کرده، عمل نماید. تعهدات شرکت بانی در قبال نهاد واسط عبارتند از:

۳-۲-۱- اجاره کردن و خریدن کالا و انعقاد قرارداد

مضاربه

بانی با توجه به نوع ورقه‌ای که منتشر شده است، در برابر ناشر وظیفه‌ای بر عهده دارد. در اوراق اجاره، بعد از جمع‌آوری وجوه و خرید کالا توسط نهاد واسط از شخص فروشنده، بر عهده شرکت بانی است که کالا را از نهاد واسط اجاره کند؛ زیرا فرآیند انتشار اوراق و جمع‌آوری وجوه برای او انجام شده است. از

دارایی اقدام می‌کند. یعنی بانی در مقام فروشنده کالای خود را به ناشر می‌فروشد. نقش دوم این شرکت در اوراق اجاره، مستأجر و در صکوک مرابحه، خریدار است.

۳-۲-۳- پرداخت هزینه‌های ناشر

همان‌طور که گفته شد، ناشر در قبال شرکت بانی مکلف به انتشار و عرضه اوراق است. در اجرای این تعهدات، نهاد واسط قطعاً هزینه‌هایی متحمل می‌شود. بار کردن این هزینه‌ها بر ناشر خلاف اصول و قواعد حقوقی است؛ زیرا ناشر اعمال فوق را به درخواست و برای شرکت بانی صورت می‌دهد. بنابراین، یکی دیگر از تعهدهای بانی در برابر ناشر، جبران و پرداخت هزینه‌هایی است که ناشر در راه انتشار و عرضه اوراق متحمل شده است.

در رابطه با این تعهد باید گفت، عرضه و فروش اوراق بهادار که بخشی از وظایف ناشر است، توسط عامل فروش انجام می‌شود. این نهاد هم، همان‌طور که بیان شد، از میان بانک‌ها یا مؤسسات مالی و اعتباری تحت نظارت بانک مرکزی، شرکت‌های تأمین سرمایه و شرکت‌های کارگزاری بورس اوراق بهادار تهران و یا فرابورس ایران، توسط بانی انتخاب می‌شود. از آن جایی که این نهاد توسط شرکت بانی انتخاب می‌شود و برای وی فعالیت می‌کند، وظیفه پرداخت اجرت آن، بر عهده بانی است. بنابراین، تعهد بانی مبنی بر پرداخت هزینه‌های ناشر، محدود به آن دسته از مخارجی می‌شود که نهاد واسط در راستای انتشار اوراق متحمل شده است.

۴- نتیجه‌گیری

به عنوان برآمد این مقاله باید گفت: رابطه ناشر و بانی که دو رکن برای انتشار صکوک هستند، در بردارنده نوعی نمایندگی است. نوعی نمایندگی که از جهتی به نمایندگی قانونی شباهت دارد؛ زیرا به دستور مقررها این پیوند ایجاد می‌شود. اما آن چه سبب عدم اطلاق نمایندگی قانونی در معنای خاص خود می‌شود، آزادی بانی در انتخاب نهاد واسط است. در نمایندگی قانونی، اراده هیچ یک از طرفین در گزینش طرف دیگر نقش ندارد. حال آن که در این مورد این گونه نیست. این پیمان، با عقود دیگری مثل اجاره اشخاص، حقالعمل کاری و وکالت نیز قابل توجیه نیست و هر یک از عقود فوق از جهتی شباهت و از جهت دیگر با قواعد این رابطه تفاوت دارند.

زمانی که یک پیمان صحیح موجود را نتوان در قالب یکی از عقود معین قرار داد، باید آن را از طریق ماده ۱۰ قانون مدنی

عنوان یکی از خطرپذیرهای بازار اولیه صکوک مطرح گردیده و در این باره پیشنهاداتی، مانند: استفاده از ضمانت‌نامه بدون قید و شرط بانکی و یا گنجاندن شرط وجه التزام در قرارداد بیان شده است (سروش، صادقی، پیشین، ص ۱۲)؛ اما با توجه به مطلب فوق که تعهد بانی را در این رابطه دارای نتیجه دانستیم، به انجام چنین اقداماتی نیاز نیست.

۳-۲-۲- فروش دارایی خود (بانی) به ناشر

همان‌طور که در انواع خاصی از اوراق اجاره و مرابحه، ناشر نسبت به نمونه‌های دیگر وظیفه بیشتری دارد، در همین انواع خاص، بانی هم تعهد اضافه‌ای بر عهده دارد. این تعهد در صکوک اجاره که فروشنده و شرکت بانی یک شخص است و در صکوک مرابحه که با هدف تأمین مالی منتشر می‌شوند، مطرح است.

در اوراق اجاره‌ای که اتحاد بانی و فروشنده دارد، شرکت بانی مکلف است کالای خود را به ناشر بفروشد. به عبارت دیگر، علاوه بر تکلیف اجاره کردن کالا از نهاد واسط که در بالا بیان شد، در این نوع از صکوک اجاره، بانی وظیفه دارد که کالای خود را به ناشر بفروشد. در ارتباط با این تعهد بانی نیز پیش از انتشار اوراق، قراردادی تحت عنوان تعهد فروش دارایی با شرکت بانی منعقد می‌شود که در صورت تخلف این نهاد، به دلیل عدم رعایت قرارداد، او را مسئول خسارات وارده بدانند. این تعهد نیز به عنوان یکی دیگر از خطرپذیرهای بازار اولیه اوراق بهادار اسلامی مطرح است و برای پوشش آن راه‌حل‌های مختلفی، از جمله استفاده از قرارداد صلح و بیع نسبه، پیشنهاد شده است (سروش، صادقی، پیشین، ص ۱۶۶).

اوراق مرابحه‌ای که به منظور تأمین نقدینگی بانی منتشر شده است نیز چنین حالتی دارد. در این صکوک هم بانی تعهد اضافه‌ای بر عهده دارد و آن هم فروش مال خود به ناشر است؛ یعنی شرکت بانی پیش از اجرای تعهدش مبنی بر خرید کالا، مکلف است آن را به نهاد واسط بفروشد. البته این نحوه خرید و فروش که شخص کالای خود را نقداً به دیگری بفروشد و ضمن این فروش، شرط شود که باید کالا را به مبلغ بیشتری به صورت نسبه بخرد، چنان که بیان شد، در شرع اسلام جایز نیست و شبهه بیع عینه را دارد. به عبارت دیگر، فقها معتقدند که اگر در ضمن بیع اول شرط شود که مشتری باید کالا را مجدداً به مالک اول بفروشد و نتواند بین فروختن به بایع و شخص دیگر انتخاب کند، شرط باطل است (بهرامی احمدی، ۱۳۸۸، ص ۳۱۷).

در این دو نوع از صکوک اجاره و مرابحه، شرکت بانی در برابر ناشر دو نقش بر عهده دارد؛ نقش اول، به عنوان فروشنده

که تکالیف فوق را تعهد دارای نتیجه بدانیم و به صرف عدم حصول نتیجه، شخص متخلف مسئول جبران خسارت‌ها باشد. در واقع، تعهدهای بانسی و ناشر در قبال هم، به صورت مستقیم و غیرمستقیم به حقوق سرمایه‌گذاران ارتباط پیدا می‌کند و دارای نتیجه دانستن این تعهدات، موجب کاهش خطر پذیری اوراق مزبور و افزایش تمایل اشخاص به سرمایه‌گذاری می‌شود.

منابع

الف) منابع فارسی

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۸)، حقوق تجارت: کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات سمت.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۲)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات اسلامی.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۸)، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ بیست و یکم، تهران، انتشارات اسلامی.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۸)، قواعد فقه، مختصر هفتاد و هفت قاعده‌ی فقهی حقوقی، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع).
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، حقوق تعهدات و قراردادها، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع).
- حدادی، جواد، موسویان، سیدعباس، فکری، امیر (بی‌تا)، «ارزیابی انتشار صکوک پروژه‌محور در بخش بالادستی نفت ایران»، مجموعه مقالات سومین کنفرانس توسعه‌ی نظام تأمین مالی در ایران، صص ۹۱ تا ۱۱۸، قابل دسترس در: <http://irfinance.ir/images/stories/pdf/3-3.pdf>
- حسینی عاملی، سید جواد (بی‌تا)، مفتاح الکرانه فی شرح قواعد العلامه، جلد چهارم، بیروت، موسسه‌ی آل‌البیت.
- دمرچیلی، محمد، حاتمی، علی، قرائی، محسن (۱۳۹۰)، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، چاپ پانزدهم، تهران، انتشارات دادستان.
- رادان جبلی، علی (بی‌تا)، «شرایط تحقق نمایندگی قانونی ولی قهری»، مجله‌ی قضایی و حقوقی دادگستری، شماره‌ی ۴۰، صص ۲۱ تا ۳۲، قابل دسترس در: <http://www.ensani.ir/storage/Files/20120329110237-2101-1.pdf>
- رفیعی مقدم، علی (۱۳۹۰)، اصل رضایی بودن اعمال حقوقی، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع).
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۶)، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ پانزدهم، تهران، نشر دادگستر.
- سروش، ابوذر، صادقی، محسن (پاییز ۱۳۸۶)، «مدیریت ریسک اوراق

بررسی کرد. ماده‌ای که در روزگار کنونی و روابط فعلی به بسیاری از پیوندهای حقوقی جلوه قانونی می‌دهد و با تکیه بر آزادی اراده طرفین، از منظر قانون معتبر می‌داند. حکومت ماده ۱۰ قانون مدنی، می‌تواند مورد انتقاد و اشکال قرار گیرد. به این صورت که تکیه این ماده بر آزادی اراده طرفین است. در واقع، این ماده با به رسمیت شناختن توافق آزادانه دو اراده آزاد و معتبر، حکم به صحت عقود غیرمعین می‌دهد؛ حال آن که در پیمان فوق تنها یک طرف اراده آزاد دارد و آن نهاد واسط است. ناشر می‌تواند انتشار اوراق را از شرکت بانسی که به او مراجعه کرده است، بپذیرد و یا آن را رد کند، اما در مقابل بانسی حق ندارد بین رجوع به نهاد واسط و یا انتشار توسط خودیکی را برگزیند. این شرکت باید به ناشر مراجعه نماید و انتشار اوراق را از او بخواهد؛ تنها تأثیری که اراده او دارد، انتخاب یک نهاد ناشر از بین تعداد موجود است. دخالت مقررها محدود به حدود مسئولیت هر یک از نهادها است و هیچ دخالتی در توافقات بانسی و ناشر ندارد. بنابراین، ایراد فوق با حکومت ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی منافاتی ندارد و پذیرفتنی نیست.

به هر حال، به نظر می‌رسد ابتدا باید این رابطه را پیوندی معین با آثار و احکام مشخص دانست. رابطه‌ای که به دلیل نیاز و ضرورت جامعه امروزی شکل گرفته و در آن قانون‌گذار یک طرف را مجبور به انعقاد عقد با طرف دیگر کرده است. در واقع، قانون شرکت بانسی را از انتشار اوراق برای تأمین مالی خود منع می‌کند و اجرای این وظیفه را بر عهده نهادی می‌گذارد که حوزه فعالیتش انجام امور مرتبط با تأمین مالی بانسی است که با انتشار صکوک آغاز می‌شود و تا تسویه آن ادامه می‌یابد. در بستر حقوق کنونی که ماهیت ارتباط ناشر و بانسی معطل رها شده و مقرره‌های موجود آن را مشخص نکرده‌اند، راه‌حل باقی‌مانده این است که رابطه‌ی فوق را تابع آزادی اراده بدانیم. در واقع، لزومی ندارد که یک پیوند نوظهور را به سختی در داخل یکی از عقود معین قرار دهیم، زیرا قانون ما اصل آزادی قراردادی را پذیرفته است. نهاد واسط در برابر بانسی متعهد است، این امور را انجام دهد: انتشار اوراق بهادار اسلامی و جمع‌آوری وجوه، خرید کالای بانسی با وجوه جمع‌آوری شده و رعایت حدود نمایندگی؛ در مقابل، تعهدهای بانسی در قبال ناشر عبارتند از: اجاره کردن و خریدن کالا و انعقاد قرارداد مضاربه، فروش دارایی خود (بانسی) به ناشر و پرداخت هزینه‌های ناشر.

در رابطه با ضمانت‌اجرای هر یک از تعهدهای فوق، به این نتیجه رسیدیم که، نوظهوری عرصه صکوک که نیازمند گسترش سرمایه‌گذاری اشخاص در آن است، اقتضا می‌کند

- عمومی، چاپ نهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- کاشانی، محمود (۱۳۸۸)، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، چاپ اول تهران، نشر میزان.
 - گلستانی، مهدی (آذر و دی ۱۳۸۹)، «اوراق (صکوک) اجاره ابزاری نوین برای تأمین مالی شرکت‌های لیزینگ»، مجله‌ی اقتصادی، ماهنامه‌ی بررسی مسائل و سیاستهای اقتصادی، شماره‌های ۹ و ۱۰، صص ۳۷ تا ۵۴
 - مصباحی مقدم، غلامرضا، رحیمی، سیدعلی اصغر، کاوند، مجتبی (۱۳۸۹)، «بررسی فقهی و حقوقی اوراق بهادار مضاربه»، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال دهم، شماره ۳۸، صص ۱۴۷ تا ۱۷۴
 - موسویان، سید عباس (۱۳۹۰)، ابزارهای مالی اسلامی (صکوک)، چاپ چهارم، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
 - موسویان، سید عباس، کاوند، مجتبی، ردادی، علی، (۱۳۸۹)، «اوراق بهادار مضاربه، ابزاری مناسب برای توسعه صادرات ایران»، دو فصلنامه علمی-پژوهشی جستارهای اقتصادی، شماره‌ی ۱۳.

ب) منابع انگلیسی

- Adam, Nathif j, Thomas, Abdulkader (2004), "Islamic Bonds: Your Guide to issuing, structuring and investing in Sukuk", *Euro money Books*.
- Arsalan Tariq, Ali., and Dar, Humayon (March-April, 2007), "Risks of Sukuk structures: Implications for resource mobilization", *Thunderbird International Business Review*, Vol 49 (2), 203-223. Available on:
- <http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Markets/m139.pdf>

- بهادار اجاره (صکوک اجاره)، فصل‌نامه‌ی علمی-پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال هفتم، شماره‌ی ۲۷، صص ۱۵۷ تا ۱۸۶
- سعیدی، علی، سروش، ابوذر (بهار ۱۳۸۸)، «ابعاد حسابداری و مالیاتی اوراق (صکوک) اجاره در ایران»، فصل‌نامه‌ی علمی-پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال نهم، شماره ۳۳، صص ۳۳ تا ۶۴
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، حقوق مدنی، جلد سوم، آثار قراردادهای تعهدات، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵) (الف)، حقوق مدنی، جلد اول، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵) (ب)، حقوق مدنی، جلد دوم، اصول قراردادهای و تعهدات، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۵)، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، قواعد عمومی قراردادهای، چاپ چهارم، تهران، نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادهای جلد دوم، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷) (الف)، قواعد عمومی قراردادهای جلد چهارم، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷) (ب)، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع، چاپ سیزدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸) (الف)، عقود معین، جلد دوم، مشارکتهای-صلح، چاپ هشتم، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸) (ب)، قواعد عمومی قراردادهای جلد اول، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹) (الف)، عقود معین، جلد چهارم، عقود اذنی-وثیقه‌های دین، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹) (ب)، مسئولیت مدنی، جلد اول، قواعد