

ماهیت حقوقی اوراق بهادار مباحه

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۶/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۹/۳۰

سید عباس موسویان*

محمدحسین عباسی**

چکیده

با توجه به رشد روزافزون نیاز واحدهای تولیدی، صنعتی و... به تأمین مالی پروژه‌های خود و ناتوانی بانک‌ها برای پوشش تمامی این نیازهای تأمین مالی، نیاز مبرمی به طراحی ابزارهای جدید مالی احساس می‌شود. با این توضیحات عقد مباحه، قرارداد فروشی است که فروشنده به وسیله آن، قیمت تمام‌شده کالا، اعم از قیمت خرید، هزینه‌های حمل و نقل، نگهداری و سایر هزینه‌های مرتبط را به اطلاع مشتری می‌رساند، سپس با افزودن مبلغ یا درصدی به‌عنوان سود، به وی می‌فروشد، بیع مباحه می‌تواند به‌صورت نقد یا نسیه منعقد شود و به‌طور معمول، نرخ سود نسیه آن بیشتر است. براساس این عقد اوراق بهاداری با نام اوراق بهادار مباحه طراحی شده است که همانند سایر اعمال حقوقی و اقتصادی ماهیت خاص خود را دارد. مباحث مطرح در ماهیت شامل خصایص و ویژگی‌های این اوراق و همچنین، چگونگی واگذاری و انتقال این اوراق است. رویکرد تحقیق حقوقی است لکن مبانی فقهی و مدیریت مالی نیز بنا به نیاز، مورد توجه قرار گرفته است. روش تحقیق نظری- کاربردی با نگاه توصیفی و تحلیلی بوده و از ابزار کتابخانه‌ای بهره گرفته شده است.

واژگان کلیدی

عقد مباحه، اوراق مباحه، ماهیت، دارایی، تأمین مالی، بانی، نهاد واسط

samosavian@yahoo.com

* دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

** کارشناس ارشد معارف اسلامی و حقوق خصوصی دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق(ع)

moh.abbasi133@gmail.com

(نویسنده مسئول)

مقدمه

اقسام بیع به اعتبار إخبار به رأس‌المال و عدم إخبار به آن، چهار قسم است که بیع مباحه، مواضعه، تولیه و مساومه بوده باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ص ۴۲۴). بیع مباحه، به معامله‌ای اطلاق می‌گردد که فروشنده با اعلام بهای کالای خریداری‌شده، با اعلام سود معین خویش آن را گران‌تر از قیمت خرید بفروشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۰۰۲).

اصطلاح بیع مباحه از دو واژه بیع و ربح تشکیل شده است که بیع به معنای خرید و فروش، و ربح به معنای سودی است که مورد توافق است. به این ترتیب، بیع مباحه به معنای فروش به همراه سودی است که بر آن توافق شده است. اصطلاح بیع مباحه از نظر لغوی با مفاهیم «cost-plus pricing»^۱ و «mark-up»^۲ نزدیک است. عقد مباحه را می‌توان به صورت قراردادی بین فروشنده و خریدار تعریف نمود؛ که در آن فروشنده کالای مشخصی را با ویژگی معین که از نظر شرع و قانون کشوری که در آن معامله صورت می‌گیرد، مجاز است به خریدار به قیمت هزینه تمام‌شده به‌علاوه سود خود که مورد توافق طرفین نیز است، می‌فروشد و ممکن است که بهای معامله به صورت نقدی یا در تاریخ معینی در آینده پرداخت شود (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۴، ص ۴).

نظام مالی اسلامی متشکل از بانکداری اسلامی، بیمه اسلامی و بازار سرمایه اسلامی با پیشرفت خود به‌عنوان یک بخش مهم و اساسی در بازار مالی جهانی تبدیل شده و به‌مثابه یک مدل مالی کارا در مقابل نظام کلاسیک مورد توجه قرار گرفته است (صالح‌آبادی، ۱۳۸۵، ص ۱۰).

در این میان با گسترش بازار سرمایه اسلامی، ابزار اسلامی مباحه که بر اساس عقد محوری مباحه طراحی شده است، دارای ویژگی‌های مطلوب از جمله سود معین، درجه نقدشوندگی بالا، قابلیت انجام به صورت نقد و نسیه، ریسک پایین بسیار مورد اقبال سرمایه‌گذاران واقع شده است. تأمین مالی بر مبنای مباحه، مساوی با اعطای وام بر مبنای بهره نیست. این روش در واقع فروش مدت‌دار کالا است که در مورد سود و قیمت تمام‌شده آن اطلاع کافی و رضایت طرفین وجود دارد (Taqi Usami, 2004).

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

الف) اوراق مرابحه برای خرید دارایی؛

ب) اوراق مرابحه برای تأمین نقدینگی؛

ج) اوراق مرابحه برای تشکیل سرمایه شرکت‌های تجاری؛

د) اوراق مرابحه رهنی.

این کمیته در نهایت پس از بررسی این چهار نوع اوراق مرابحه طی مصوبه‌ای بر اساس استدلالاتی حکم به صحت انواع اول، سوم و چهارم نمود. در سال ۱۳۹۱ نیز مجوز انتشار اولین اوراق مرابحه به منظور تأمین مالی شرکت گروه صنعتی بوتان برای خرید مواد اولیه برای مصرف در تولید محصولات شرکت به مبلغ ۳۰۱ میلیارد ریال از سوی سازمان بورس و اوراق بهادار صادر شد. شرکت واسط مالی آبان به منظور تأمین مالی غیرمستقیم شرکت گروه صنعتی بوتان و خرید مواد اولیه تولید آبگرمکن، اوراق مرابحه به ارزش ۳۰۱ میلیارد و ۳۰۶ میلیون ریال از طریق بازار سوم فرابورس پذیره‌نویسی می‌کند.

در انتشار اوراق مرابحه عناصر حقیقی و حقوقی متعدد حضور دارند. در این قسمت با استفاده از دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مصوب ۹۰/۹/۲۶ سازمان بورس و اوراق بهادار، مهم‌ترین عناصر آن معرفی می‌شود:

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

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

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

۴. امین: شخص حقوقی مورد تأیید سازمان بورس و اوراق بهادار است که بر کل فرآیند انتشار اوراق بهادار نظارت دارد و تمامی نقل و انتقالات مالی با اجازه وی صورت می‌گیرد.
۵. شرکت تأمین سرمایه: شرکتی است که به‌عنوان واسطه بین ناشر و سرمایه‌گذاران فعالیت می‌نماید.
۶. مؤسسه رتبه‌بندی: شرکتی است که با اخذ مجوز از سازمان بورس اقدام به تعیین رتبه اعتباری اوراق می‌نماید (مراجعه <http://www.rdis.ir/ApprovedGuidLines.asp>).
- ابزارهای مالی باید از ابعاد گوناگون مورد بررسی قرار گیرند. یک ابزار مالی باید از جهت طراحی مالی، از بعد فقهی و حقوقی، مدیریت ریسک، حسابداری و مالیاتی مورد ارزیابی قرار گیرد. این امر به این منظور است که در بحث نظری و در عرصه اجرایی، فرایند اجرای این ابزار مالی با مشکلاتی که در ابعاد مذکور گفته شد مواجه نباشد و در ابتدای امر مشکلات احتمالی آن سنجیده و مرتفع گردد تا از این حیث به سرمایه‌گذاران و کاربران این ابزارها آسیبی وارد نگردد.
- یکی از این ابعاد، ابعاد حقوقی و فقهی این ابزار است که به‌منظور طراحی دقیق و مطابق با شرع و قانون و به‌منظور اجرایی نمودن آن اهمیت می‌یابد. این ابزار مالی از زوایای بررسی مالی، مدیریت ریسک و حسابداری و مالیاتی توسط متخصصان حوزه مدیریت مالی و اقتصاد بررسی شده است، اما از جهت فقهی و به‌خصوص، حقوقی کار جدی روی آن صورت نگرفته است و گاه دانشمندان عرصه مدیریت مالی در مقالات و کتب خود به‌صورت موردی و سطحی به بررسی‌های حقوقی و فقهی نیز پرداخته‌اند. اما این مقدار کافی نبوده و پیچیدگی‌های حقوقی این اوراق را مورد نظر قرار نمی‌دهد. از این رو، در این تحقیق بحثی حقوقی تنها در یکی از ابعاد این اوراق ارائه می‌شود. در مقاله حاضر ماهیت حقوقی اوراق بهادار مراجعه مطالعه شده که شامل دو عنوان کلی خصایص این اوراق و چگونگی واگذاری و انتقال این اوراق است.

۱. خصایص اوراق بهادار مباحه

در بررسی هر موضوعی برای شناخت عملکرد آن موضوع و آثاری که از بعد مورد نظر بر آن متحمل می‌شود، ابتدا باید ماهیت آن موضوع را از آن حیث شناخت. در این تحقیق و این مبحث ما در پی آنیم تا اوراق مباحه را از بعد فقهی حقوقی بررسی نماییم، لذا لازم است تا ابتدا ماهیت این اوراق از این نظر بر ما معلوم گردد. اوراق بهادار مباحه خصایص ذاتی دارد که به علت ورقه بودن و بهادار بودن بر آن بار می‌شود. در این گفتار پیرامون این خصایص از بعد حقوقی بحث کرده و آن را از نظر می‌گذرانیم.

۱-۱. حق مالی بودن اوراق بهادار مباحه

به‌طور کلی حقوق به دو بخش عمده تقسیم می‌شود؛ قسم اول حقوق غیرمالی را تشکیل می‌دهد که این حقوق به اموال تعلق ندارد و قابل انتقال به‌وسیله صاحبان حقوق نیست؛ ازجمله، این حقوق می‌توان به حق ولایت و حق حضانت اشاره کرد. قسم دوم شامل حقوق مالی است. حقوق مالی آن دسته از حقوق است که به اموال تعلق می‌گیرد و شامل اموال می‌شود. این دسته به دو بخش تقسیم می‌شود: بخش اول حقوق مالی است که انتقال‌ناپذیر است و شامل حق خیار و حق شفعه می‌شود. البته این دسته حقوق بر اساس اسباب قهری همانند ارث قابل انتقال است و ورثه می‌توانند حق خیار و شفعه‌ای را که متعلق به مورث است، اعمال نمایند. در خصوص وراثت حق خیار این نکته حائز اهمیت است که در صورتی این حق قابل انتقال به وسیله ارث است که انجام آن صرفاً به وسیله شخص دارای حق خیار شرط نشده باشد. بخش دوم شامل حقوق مالی قابل انتقال است. این دسته از حقوق مالی به موجب قرارداد و همین‌طور طرق انتقال قهری قابل انتقال به دیگران است و در واقع مالیت دارد. از جمله این حقوق می‌توان به حق تحجیر، حق انتفاع، حق ارتفاق و... اشاره نمود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۹).

حقوق مالی را می‌توان مجموعه حقوقی دانست که متعلق به اموال است. حق مالی امتیازی است که به‌منظور تأمین نیازهای مادی اشخاص به آن‌ها اعطا می‌شود. هدف از

ایجاد حق مالی تنظیم روابطی است که به لحاظ استفاده از اشیاء، بین اشخاص وجود دارد و موضوع مستقیم آن تأمین حمایت از نفع مادی و باارزش است. این دسته از حقوق بر خلاف حقوق غیرمالی تقویم‌پذیر به پول است و مبادله‌پذیر و تقویم به پول بودن باعث می‌شود که حق مالی اصولاً انتقال‌پذیر باشد. لذا این حقوق هم به وارثان شخص می‌رسد و هم قابل معاوضه و دادوستد است و هم قابل توقیف از جانب طلبکاران است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۴). این دسته از حقوق شامل حقوق عینی و حقوق دینی می‌شود. حقوق عینی حقوقی است که فرد به‌طور مستقیم بر روی اموال اجرا می‌کند؛ مانند حق مالکیت. حق دینی از جمله حقوقی است که صاحب حق باید اجرای آن را از دیگری بخواهد؛ مانند حق داین نسبت به دین.

در خصوص اوراق بهادار به‌طور کلی می‌توان گفت حقوق مترتب بر این اوراق از جمله حقوق مالی قابل انتقال به غیر است و در واقع، این حقوق مالیت دارد. حق مالی بودن نماد این است که این حق قابل تقویم به پول است و دارندگان این اوراق می‌توانند کلیه حقوقی را که در خصوص اموال می‌توانند اجرا نمایند، به کار گیرند؛ یعنی از آن حق بهره گیرند و یا آن را به دیگری در قبال عوض و یا بلاعوض انتقال دهند.

دارنده حق مالی نسبت به اوراق بهادار مرابحه از دو حق برخوردار می‌شود: اول اینکه حق سهام شدن در سود این اوراق را دارد. یعنی سودی که از فروش کالای پایه این اوراق بر اساس عقد مرابحه حاصل می‌شود به دارندگان این اوراق اختصاص دارد. این سود که در اقساط پرداختی از سوی بانی به واسطه وجود دارد، به نسبت سهم خریداران اوراق در دارایی پایه به آن‌ها پرداخت می‌گردد. دوم اینکه دارنده این اوراق حق سهام شدن در دارایی پایه انتشار این اوراق را دارد. با مبالغی که از فروش اوراق مرابحه حاصل می‌شود کالایی برای فروش بر اساس عقد مرابحه، خریداری می‌شود. دارنده اوراق مرابحه در عین این کالا به‌صورت مشاع شریک است و در واقع سهمی از این اشاعه را به خود اختصاص داده است. البته در سطور بعدی در مورد این حق بیشتر توضیح داده خواهد شد.

۲-۱. نمایانگر حقوق دینی دارنده اوراق مرابحه

بند یک ماده یک دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مقرر می‌دارد؛ «اوراق مرابحه»، اوراق بهادار با نام قابل نقل و انتقالی است که نشان‌دهنده مالکیت مشاع دارنده آن در دارایی مالی (طلب) است که بر اساس قرارداد مرابحه حاصل شده است. اوراق مرابحه با این هدف به سرمایه‌گذاران واگذار می‌شود که حاصل جمع سرمایه ناشی از فروش اوراق به خرید دارایی فیزیکی به نام «دارایی پایه انتشار اوراق مرابحه» منتهی گردد و این دارایی به فروش برسد؛ در این روند، هم اصل سرمایه باز خواهد گشت و هم سودی را که نهاد واسط به میزان معین در عقد مرابحه تعیین کرده بود و همچنین اگر کالا به صورت اقساطی به فروش برسد، این سود حاصل از فروش اقساطی نیز محاسبه شده و در مجموع، پس از کسر هزینه‌های نهاد واسط به‌عنوان سود بین دارندگان اوراق تقسیم می‌گردد. دارندگان اوراق که از سود مذکور برخوردار می‌شوند، مالک آن دارایی یا کالایی هستند که توسط نهاد واسط ابتدا خریده می‌شود و سپس به خریدار که به عبارتی بانی نامیده می‌شود، فروخته می‌شود. در واقع اینجا تعداد زیادی مالک روی یک مال حق مالکیت اعمال می‌کنند و مالک مال محسوب می‌شوند که این نوع مالکیت «اشاعه» نامیده می‌شود. در واقع اشاعه بر اساس ماده ۵۷۱ قانون مدنی، «اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد» است. در اشاعه مالکیت هر جزء مال بین چند شخص مشترک است؛ یعنی هر جزء مال، مشترک بین تمام مالکان مال است و نمی‌توان یک بخش را در مالکیت مالک معینی دانست.

بر این اساس، نحوه استفاده از این مال نیز بنا به شرایط مالکیتی که در خصوص آن وجود دارد، متفاوت با اموال غیرمشاع خواهد بود، به طوری که اعمال حقوقی مجاز بوده و تصرفات فیزیکی منوط به اذن سایر مالکان خواهد بود (مواد ۵۸۳ و ۴۷۵ قانون مدنی).

زمانی که ورقه مرابحه ارزش اسمی معینی دارد؛ این ارزش اسمی نمایانگر میزان سهم مالک مال مشاع در دارایی موضوع عقد مرابحه است. این امر امکان اعمال برخی تصرفات مالکانه را به دارنده ورقه می‌دهد و بر خلاف سهام شرکت‌های سهامی که دارنده سهم، مالک خود دارایی به حساب نمی‌آید بلکه دارایی در مالکیت شرکت است

و دارنده سهم به نسبت سهم خویش در مالکیت شرکت سهامی است، در اوراق مرابحه دارنده ورقه خود مالک دارایی موضوع عقد مرابحه است و از نوعی حق عینی بر مال برخوردار است. در واقع، در اینجا شخصیت حقوقی واسطه‌ای وجود ندارد تا مالکیت به او متعلق گردد. لذا مالک مستقیم دارایی، خود دارندگان اوراق‌اند. یعنی در اوراق مرابحه مفهوم شرکت به معنای شرکت تجاری وجود نیافته است و شرکت تشکیل شده نوعی شرکت مدنی و یا همان اشاعه اموال است که شخصیت حقوقی سوای از شخصیت مالکان اموال ندارد.

اداره این مال مشاع با تصمیم جمعی شرکاء صورت می‌گیرد و در خصوص تصمیم‌گیری پیرامون ایجاد تغییراتی در دارایی، تصمیم تمامی شرکاء به‌طور اتفاق لازم است و از آنجا که دارایی مذکور شخصیت حقوقی ندارد، اداره آن تابع نحوه اداره اموال مشاع است. البته دارندگان اوراق به‌عنوان مالکان این مال مشاع می‌توانند نحوه اداره آن را معین سازند یا فردی را برای اداره این مال بگمارند که در انتشار این اوراق، نهاد واسط این نمایندگی را از طرف دارندگان اوراق داراست. این امر به‌صراحت در ماده یک دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مورد تأکید قرار گرفته است: با خرید اوراق مرابحه، رابطه وکیل و موکل میان ناشر و خریداران اوراق مرابحه برقرار می‌گردد. ناشر به وکالت از طرف خریداران اوراق ملزم به خرید دارایی موضوع انتشار به‌صورت نقد و فروش اقساطی آن به بانی است. در اسناد موضوع انتشار اوراق مرابحه باید قید شود که خرید اوراق به منزله قبول وکالت ناشر بوده و وکالت ناشر تا سررسید و تسویه نهایی اوراق غیرقابل عزل و معتبر است.

ماده ۵۸۹ قانون مدنی در خصوص تقسیم مال مشاع بیان می‌دارد: «هر شریک‌المال می‌تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید، مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون ممنوع یا شرکاء به وجه ملزومی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند». در واقع، اصل بر این است که مالک مال مشاع حق تقاضای تقسیم مال را داراست. اما این تنها یک قاعده تکمیلی است و در صورتی که مقرراتی خلاف این را پیش‌بینی نموده باشد و یا شرکاء خلاف آن را شرط نمایند، قابل اجرا نخواهد بود. از این رو، می‌توان از ملاک ماده ۱۵ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره مصوب ۱۱ مرداد ۸۹

در مورد اوراق مباحه نیز استفاده نمود. این ماده مقرر می‌دارد: «دارندگان اوراق اجاره نمی‌توانند تقاضای تقسیم دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره را نمایند». این ماده حق تقاضای تقسیم را از دارندگان اوراق اجاره سلب نموده است و این مقرر امری برای جلوگیری از ورود ضرر به بانی و سایر دارندگان اوراق است و می‌توان آن را به قواعد انتشار اوراق مباحه نیز تسری داد.

در مورد اینکه ورق مباحه نمایانگر یک حق دینی است یا عینی (امامی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۱۲۶)، باید به یک نکته مهم دقت کرد و آن این است که این اوراق مباحه نمایانگر مالکیت مشاع دارندگان نسبت به دارایی است که به‌عنوان عین معین بر اساس قرارداد مباحه قرار است به بانی فروخته شود و تا زمانی که این دارایی در ید و اختیار نهاد واسط است، این اوراق نمایانگر یک حق عینی است؛ لکن پس از آنکه این کالا یا دارایی به بانی و خریدار واگذار شد، این اوراق دیگر نمایانگر یک حق عینی نبوده و نمایانگر یک حق دینی است. بنابراین از نظر زمانی مدت زمان بسیار کوتاهی این اوراق، سند نمایانگر عین می‌باشند؛ زیرا کالا توسط نهاد واسط به سرعت خریداری می‌شود و سپس بر اساس عقد مباحه به‌صورت اقساطی به بانی فروخته می‌شود و زین پس نهاد واسط داین محسوب خواهد شد. لذا سند دین بودن این اوراق و در واقع نمایانگر دین بودن آن‌ها غلبه بیشتری بر سند عین بودنشان دارد. این نکته در بند یک ماده یک (نشان‌دهنده مالکیت مشاع دارنده آن در دارایی مالی (طلب) است) مورد اشاره واقع شده است.

اموال به‌طور کلی به دو دسته منقول و غیرمنقول تقسیم می‌شود. ماده ۱۲ قانون مدنی در تعریف اموال غیرمنقول آن را اموالی می‌داند که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود، اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد یا به‌واسطه عمل انسان، به‌نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود. در مقابل، اموال منقول اشیایی است که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد بدون اینکه به خود یا محل آن خرابی وارد آید (ماده ۱۹ قانون مدنی).

فایده تفکیک اموال به منقول و غیر منقول بسیار است. حقوقدانان فوایدی چند برای این تفکیک بیان نموده‌اند:

- ۱- نقل و انتقال اموال غیرمنقول مطابق مواد ۲۲ و ۴۶ قانون ثبت باید با تنظیم سند رسمی صورت گیرد، در حالی که چنین ضرورتی در خصوص اموال منقول به چشم نمی‌خورد.
- ۲- خارجیان نمی‌توانند به‌طور آزادانه بر اموال غیرمنقول تملک نمایند و به موجب معاهدات تنها برای سکونت یا شغل و صنعت خود می‌توانند اموال غیرمنقول را تصاحب نمایند، در حالی که در مالکیت اموال منقول چنین محدودیتی وجود ندارد.
- ۳- در خصوص صلاحیت دادگاه‌ها ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی اقامه دعاوی مربوط به اموال غیرمنقول اعم از دعاوی مالکیت، مزاحمت، ممانعت از حق، تصرف عدوانی و سایر حقوق راجع به آن را در دادگاهی می‌داند که مال غیرمنقول در حوزه آن واقع است، اگرچه خواننده در آن حوزه مقیم نباشد. در حالی که در سایر دعاوی دادگاه محل اقامت خواننده صالح برای رسیدگی است. به عبارت دیگر، این امر از مستثنیات اصل صلاحیت نسبی (محل اقامت خواننده دعوا) است (شمس، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۲۰).
- ۴- قانون تجارت نیز در بند ۱ ماده دوم تنها خرید اموال منقول به قصد فروش را از اعمال تجارتي محسوب نموده است و با این حساب خرید و فروش اموال غیرمنقول بر اساس عقد مرابحه تجارتي محسوب نمی‌شود.
- ۵- حق شفعه و حق ارتفاق نیز مخصوص اموال غیرمنقول است.
حال سؤال این است که آیا اوراق مرابحه فی‌نفسه و سوای از دارایی پایه، منقول به حساب می‌آید یا اینکه متناسب با دارایی پایه و وابسته به آن تغییر می‌کند؟ یعنی اگر دارایی پایه منقول بود، منقول می‌شود و اگر غیرمنقول، غیرمنقول به حساب می‌آید؟
برای ارائه پاسخ درست باید دید که آیا اجتماع شریکان از نظر قانون، شخصیتی ممتاز از آنان دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا شرکت تشکیل یافته شخصیت حقوقی مستقل دارد یا خیر؟
- ۱- در صورتی که اجتماع مالکان دارای شخصیت حقوقی نباشد، طبیعت حق شریک تابع ماهیت حقوقی هر یک از اجزای سرمایه و به تناسب نوع آن، منقول یا غیرمنقول است.

۲- بر عکس، اگر اجتماع مالکان از نظر حقوقی شخصیت خاصی پیدا کند، سرمایه شرکت خواه منقول باشد و یا غیرمنقول، به این شخصیت تعلق دارد و هیچ شریکی نمی‌تواند ادعای مالکیت مشاع در دارایی شرکت داشته باشد. پس در اثر قرارداد حقوق عینی شرکاء بر سرمایه تبدیل به حق خاصی می‌شود که موضوع آن درآمد و سود سالیانه است و به تبعیت از موضوع آن باید منقول به حساب آید (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۵۹).

بر اساس این ملاکات و با توجه به توضیحی که در خصوص اوراق مباحه گفته شد، می‌توان به این نتیجه رسید که اوراق مباحه به تناسب دارایی پایه که می‌تواند منقول یا غیرمنقول باشد، منقول یا غیرمنقول به حساب می‌آید و تابعی از دارایی پایه است که اوراق مباحه سند و نمایانگر آن است. علت آن است که اشاعه ناشی از اوراق مباحه نوعی شرکت مدنی است که از شخصیت حقوقی مستقل بی‌بهره است و دارندگان اوراق به‌طور مستقیم با مال خویش در ارتباطاند و نهاد واسط هم نمی‌تواند این ارتباط را قطع کند. همچنین حق دارندگان اوراق بر دارایی پایه به‌صورت عینی است و چون موضوع حق آنها مالک منقول بودن دارایی پایه حق آنها یعنی اوراق مباحه نیز منقول یا غیرمنقول محسوب خواهد شد.

بنابراین، اثراتی که بر اموال منقول یا غیرمنقول مترتب است، بر اوراق مباحه نیز به تناسب موضوع دارایی پایه که منقول یا غیرمنقول است، مترتب خواهد گشت. فلذا تشریفات انتقال اوراق، متناسب با منقول یا غیرمنقول بودن اوراق متغیر است. در صورتی که اوراق منقول به حساب آید، تابع تشریفات خاصی نیست مگر اینکه در قوانین و دستورالعمل‌ها تشریفات برای انتقال لحاظ گردیده باشد. اما اگر موضوع اوراق مباحه غیرمنقول باشد، باید علاوه بر تشریفات انتقال اوراق مباحه منقول تشریفات مربوط به انتقال اموال غیرمنقول نیز رعایت شود. همچنین بسته به موضوع اوراق بهادار مباحه میزان تملک خارجیان نسبت به اوراق مباحه محدود یا نامحدود خواهد بود. به‌علاوه صلاحیت رسیدگی به دعاوی و اختلافات ناشی از اوراق مباحه به تناسب منقول یا غیرمنقول بودن دارایی پایه تعیین می‌گردد.

در این مقام این نکته مهم را باید متذکر شد که آنچه تاکنون در اینجا مطرح شد، مربوط به مرحله‌ای است که دارایی پایه هنوز در ید نهاد واسط است و ورق بهادار مباحه نمایانگر یک حق عینی نسبت به آن مال منقول یا غیرمنقول است؛ زیرا پس از اینکه کالای خریداری شده توسط نهاد واسط به بانی فروخته شود، این اوراق تنها نمایانگر یک حق دینی خواهد بود. بنابراین این اوراق دیگر یک سند طلب است که این دسته از اسناد در عداد اموال منقول می‌گنجد.

۴-۱. قابلیت انتقال اوراق بهادار مباحه

بند یک ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق مباحه مقرر می‌دارد: اوراق مباحه اوراق بهادار با نام قابل نقل و انتقالی است که نشان‌دهنده مالکیت مشاع دارنده آن در دارایی مالی (طلب) است که بر اساس قرارداد مباحه حاصل شده است. بر اساس تعریف بالا، در خصوص بهادار بودن این اوراق باید گفت این اوراق قابل تقویم به پول است و افراد در قبال دریافت آن حاضرند پول پرداخت نمایند؛ پس ماهیتی مالی دارد که در گذشته راجع به آن بحث شد. در خصوص بانام بودن آن نیز در آینده صحبت خواهیم کرد. اما در مورد قابلیت نقل و انتقال آن باید گفت ویژگی قابلیت انتقال اوراق مباحه تا حدودی به ماهیت آن و تا اندازه‌ای به تصمیم مقررات‌گذار مرتبط است. اوراق مباحه مال محسوب می‌شود و مال و حق مالی قابل نقل و انتقال به دیگری بر اساس اراده طرفین است. این انتقال می‌تواند در قالب یک عقد معین یا یک عقد نامعین جلوه نماید. به‌علاوه مقررات‌گذار نظرش بر این تعلق گرفته است تا این اوراق قابلیت انتقال از فردی به فرد دیگر را داشته باشد و در واقع این انتقال را ممنوع نکرده است. بدین معنی که مفهوم قابلیت انتقال بسته به نفس این اوراق اتفاق می‌افتد و منوط به امر دیگری نیست. یعنی یک ورقه بهادار مباحه به‌خودی‌خود قابلیت انتقال به دیگران را داراست؛ درحالی‌که در مقررات قانون تجارت در خصوص شرکت‌های اشخاص قانون‌گذار انتقال سهم‌الشرکه را به تنهایی مجاز ندانسته بلکه رضایت بخشی از شرکاء و انتقال به موجب سند رسمی در شرکت با مسئولیت محدود (ماده ۱۰۲ قانون تجارت) و رضایت تمام شرکاء در شرکت تضامنی

(ماده ۱۲۳ قانون تجارت) را برای این انتقال لازم می‌داند؛ درحالی‌که سهام که نوعی ورق بهادار قابل نقل و انتقال به حساب می‌آید، برای انتقال معطل این تشریفات نمانده و با قبض و اقباض و یا ثبت در دفتر ثبت سهام شرکت به راحتی منتقل می‌شود. قابلیت نقل و انتقال اوراق بهادار مباحه را می‌توان بر اساس اصول کلی استوار دانست؛ زیرا قانون‌گذار در ماده ۵۸۳ قانون مدنی هر یک از شرکاء را مجاز می‌داند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند. در مسئله مورد نظر ما نیز دارنده ورقه مباحه در واقع مالک سهم مشاعی از دارایی پایه است و می‌تواند سهم خود را بدون رعایت تشریفات خاصی و حتی بدون رضایت سایر شرکاء به دیگران منتقل نماید.

۱-۵. بانام بودن اوراق بهادار مباحه

بند یک ماده ۱ دستورالعمل اجرایی اوراق بهادار مباحه اوراق مباحه را بانام توصیف می‌نماید. وقتی اطلاق بانام بودن بر ورقه بهادار می‌شود بدین معنی است که مشخصات دارنده ورقه یا در خود ورقه ذکر گردیده و یا در اسناد مربوطه معلوم است کدام ورقه متعلق به چه کسی است.

با نام بودن ورق بهادار هم مزایایی دارد و هم محدودیت‌هایی را برای دارنده اوراق بهادار ایجاد می‌کند که مقررات‌گذار در خصوص اوراق بهادار مباحه ترجیح داده است تا این اوراق بهادار بانام باشد.

۱-۵-۱. مزایای بانام بودن اوراق مباحه

اول اینکه اوراق مباحه بانام این امکان را فراهم می‌سازد تا برقراری ارتباط واسطه با دارندگان اوراق به راحتی امکان داشته باشد. این امر در خصوص آگاهی دادن به دارندگان اوراق در موارد مختلف نظیر تقسیم اصل و سود اوراق و... دارای اهمیت خواهد بود.

دوم اینکه بانام بودن ورقه مباحه معین می‌کند که چه میزان از مالکیت دارایی پایه متعلق به چه کسی است. درواقع همان‌طور که گفته شد دارندگان اوراق مباحه مالکان

مشاع دارایی پایه انتشار اوراق مرابحه‌اند و میزان سهم هر کدام از این مالکان در مال مشاع با میزان اوراق موجود نزد آنها سنجیده می‌شود. دانستن این امر در تصمیم‌گیری‌های آتی در خصوص دارایی پایه مؤثر است.

سوم اینکه بانام بودن اوراق مرابحه برای سازمان‌ها نسبت به دانستن میزان درآمد افراد و متعاقباً تعیین میزان مالیات دریافتی از آنها مفید جلوه می‌کند. بانام بودن این اوراق مشخص می‌کند به هر ورقه چه میزان سود تعلق گرفته و این سود متعلق به چه فردی است که به این طریق مقامات دارایی به راحتی در جریان درآمد افراد قرار خواهند گرفت.

۱-۵-۲. محدودیت‌های بانام بودن اوراق مرابحه

نخست اینکه در انتقال اوراق بهادار بانام رعایت تشریفات لازم می‌شود. این امر در ماده ۴۰ لایحه قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت آمده است و انتقال سهام بانام را منوط به ثبت در دفتر سهام شرکت و امضای انتقال‌دهنده دانسته است. به نظر می‌رسد رعایت این تشریفات در خصوص اوراق بهادار نیز لازم باشد؛ زیرا در غیر این صورت، نقض غرض قانون‌گذار خواهد بود و انتقال‌گیرنده جدید شناخته نخواهد شد.

انتقال اوراق مرابحه در حال حاضر در فرابورس صورت می‌گیرد و انجام این انتقال عمدتاً توسط شرکت‌های کارگزاری در بورس فراهم می‌آید. اگر بانی که انتشار اوراق بهادار مرابحه توسط او صورت گرفته است، از نوع شرکت‌هایی باشد که در بورس پذیرفته شده است، انتقال اوراق مرابحه این شرکت نیز از طریق بورس انجام خواهد شد. «شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه» در واقع در رأس شرکت‌های کارگزاری که وظیفه انتقال اوراق بهادار را بر عهده دارند، قرار دارد و کلیه اطلاعات این شرکت‌ها را در اختیار می‌گیرد. شرکت‌های کارگزاری برای انتقال اوراق بهادار بانام مشخصات واگذارکننده ورقه و همین‌طور مشخصات گیرنده آن را ثبت می‌نمایند و این اطلاعات به شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه فرستاده می‌شود. از این رو طبق بند ۷ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، این شرکت، شرکتی است که امور مربوط به ثبت، نگهداری، انتقال

مالکیت اوراق بهادار و تسویه وجوه را انجام می‌دهد. بنابراین تشریفات مربوط به انتقال اوراق بهادار بانام از این طریق و با ثبت انتقال و مالکیت اوراق انجام می‌پذیرد. درحالی‌که انتقال اوراق بی‌نام با دادوستد و قبض و اقباض انجام می‌شود.

مسئله دیگری که برای سهام بانام از جمله اوراق مرابحه مطرح می‌شود، اخذ مالیات از اوراق بانام است؛ زیرا تنها این سهام و اوراق بانام هستند که باید نقل و انتقالشان ثبت شود و بنابراین، باید قبل از ثبت این مالیات تأدیه شود (تبصره یک ماده ۱۴۳ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۸۱).

با این توضیحات به نظر می‌رسد با نام بودن این اوراق، مقدمات عدم رغبت سرمایه‌گذاران برای خریداری اوراق مرابحه را فراهم آورد که وضع‌کنندگان مقررات مربوط به اوراق مرابحه باید به این مسئله توجه کنند.

۶-۱. قابلیت رهن‌گذاری اوراق بهادار مرابحه

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که آیا اوراق بهادار مرابحه از آنجاکه نوعی اوراق بهادار هستند، قابلیت رهن‌گذاری و به وثیقه گذاشتن را دارا هستند؟ مطابق ماده ۷۷۴ قانون مدنی امکان به رهن گذاشتن دین وجود ندارد. این ماده بیان می‌دارد: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.» اوراق بهادار و از آن جمله اسناد تجاری از نوع دین به حساب می‌آیند و در واقع دارنده آن‌ها دینی محسوب می‌شود که در سررسید این اوراق حق مطالبه دین خود را داراست. لذا به وثیقه گذاشتن این اسناد از این جهت ناصحیح خواهد بود.

در مورد صحت یا عدم صحت رهن دین با توجه به نیازهای تجاری که به این نوع قرارداد وجود دارد، بحث‌های مفصلی شده است (کریمی، ۱۳۷۶، ص ۲۰). در میان فقها عده‌ای در راستای تأیید صحت و عده‌ای نیز در راستای ردّ صحت این نوع رهن برآمده‌اند که در ادامه، استدلال‌شان مطرح و پاسخ‌هایی نیز ارائه خواهد شد؛ درحالی‌که اکثریت حقوقدانان به دنبال اثبات جواز این نوع عقد هستند.

الف. نخستین استدلال طرفداران شرطیت قبض در عقد رهن مبتنی بر یک ادعای لفظی است. این دسته از فقیهان از اهل لغت نقل نموده‌اند که مسمای رهن بدون قبض

تحقق پیدا نمی‌کند. این استدلال را مرحوم صاحب جواهر بدون ذکر مرجع نقل نموده‌اند (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۵، ص ۹۹).

پاسخ: ضعف این ادعای لفظی واضح است، به لحاظ اینکه لفظ رهن مانند سایر الفاظ عقود است و متضمن بر امری خارج از ایجاب و قبول نیست. همین که در آیه شریفه ۲۸۳ سوره بقره «رهان» را به «مقبوضیه» توصیف می‌کند، نشان می‌دهد که در خود لفظ رهن وصف مقبوض بودن مستتر نیست؛ زیرا در اینجا صفت مقبوضه، همان‌طور که بعضی از محققان متذکر گردیده‌اند، کاشف نیست و صرفاً در جهت توضیح لفظ (رهان) از این وصف استفاده نشده است (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۵، ص ۱۰۰).

ب. مهم‌ترین دلیل اقامه‌شده برای لزوم قبض در عقد رهن، آیه ۲۸۳ سوره بقره است. این آیه که مشتمل بر احکام متعدد حقوقی است (مشکوٰه، ۱۳۷۱، ص ۲۴۵)، متضمن جمله‌ای به این شرح است: «وان کنتم علی سفر ولم تجدوا کاتباً فهران مقبوضه». در این آیه در مورد قرضی که در سفر داده می‌شود و کسی جهت کتابت این استقراض و ثبت آن وجود ندارد، امر به گرفتن رهن شده است.

پاسخ: به این دلیل چنین پاسخ گفته شده است که وصف قبض در آیه برای ارشاد است، همچنان‌که شرط سفر و نبودن کاتب نیز این چنین است و نباید گفت که رهن فقط در سفر و نبودن کاتب نیز این چنین است و نباید گفت که رهن فقط در سفر و یا نبودن کاتب ممکن است.

از طرف دیگر، به اجماع فقها دوام قبض در رهن شرط نیست و اگر مرتهن به راهن وکالت قبض دهد نیز کافی است. بنابراین هدف مورد نظر از قبض به دست نمی‌آید با وجود این دلیل بر عدم اشتراط و به استناد اصالت عدم و عمومات اوامر ناظر به وفا به عقد، بسیاری از فقها امر به قبض را در آیه ارشادی می‌دانند و معتقد به عدم اشتراط قبض در مورد عقد رهن است (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۱ و نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۵، ص ۱۰۳).

ج. در این زمینه به چند حدیث نیز استناد شده است که مشهورترین آن حدیثی است که از امام صادق(ع) نقل شده است: «لا رهن الا مقبوضاً» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۳، باب ۳). خلاصه استدلال کسانی که به این حدیث استناد ورزیده‌اند، این است که ظاهر

این حدیث و موارد مشابه مخصوص اطلاعات اخبارند و دلالت بر لزوم قبض در مورد عقد رهن دارند (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۴۴۴).

پاسخ: به این استدلال چنین پاسخ می‌شود که اولاً در بین مفاهیم، مفهوم وصف چندان قابل استناد نیست و سند این حدیث نیز ضعیف است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۱).

از طرف دیگر، احتمال دارد منظور از حدیث غیرقابل اطمینان بودن رهن غیرمقبوض باشد و نه اینکه برای انعقاد عقد رهن شرط قبض بنماید. از سوی دیگر، آنچه که مورد نفی قرار گرفته عین مرهونه است و نه عقد رهن که قابل توصیف به صحت و بطلان است و به‌خصوص، با عنایت به اینکه استدامه قبض شرط نیست، از این خبر و نیز آیه ۲۸۳ سوره بقره، عدم مشروعیت رهن غیرمقبوض به دست نمی‌آید، اگرچه استیثاق کامل در این رهن وجود ندارد (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۵، ص ۱۰۴). نظر به اینکه دلایل فوق هیچ‌کدام برای اثبات شرطیت قبض در مورد عقد رهن کفایت نمی‌نمایند و ادعای اجماع نیز در این مورد مخدوش است (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۵، ص ۱۰۴)، به همین جهت تعداد زیادی از فقها اعتقاد دارند که قبض هیچ نقشی در نفوذ عقد رهن ندارد. این امر به‌خصوص، از این جهت که بطلان رهن دین به علت عدم امکان قبض آن مورد پذیرش بعضی از نویسندگان قرار گرفته قابل توجه است.

عده‌ای از حقوقدانان معتقدند که می‌توان با استفاده از اصل مطروح‌شده در ماده ۱۰ قانون مدنی، قرارداد راجع به توثیق اسناد تجاری را از مصادیق قراردادهای ماده ۱۰ قانون مدنی تلقی کرد نه رهن اصطلاحی. بدین بیان که:

به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است».

به نظر برخی اساتید حقوق مدنی از جمله دکتر کاتوزیان، ماده مزبور از حقوق فرانسه برگرفته شده و فرهنگ بومی ایران، اصل حاکمیت اراده در قراردادها را نمی‌شناسد و ظاهراً به‌پیروی از این نظر و طرز فکر، ماده ۱۰ ق.م در سال‌های اخیر مورد بی‌مهری قرار گرفته و بهای چندانی به آن داده نشده است؛ اما به عقیده برخی دیگر از حقوقدانان، این ادعا که مفاد ماده ۱۰ در حقوق ما پیشینه تاریخی ندارد و ابداع

نویسندگان قانون مدنی و یا ثمره تقلید از حقوق اروپایی است، درست نیست؛ زیرا فقهای امامیه، دست کم در بحث شرط، از همین اصل پیروی می کرده اند و گروهی وفای به همه عقود را که بر خلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد، واجب دانسته اند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ش ۸۵).

حتی ادعا شده که در فقه، مکتبی وجود دارد که اصل حاکمیت اراده را حتی در خارج از قلمرو عقود بانام و بی نام یعنی به صورت ایقاعات هم پذیرفته است، آن هم در زمانی که هنوز در اروپا بحث تعهدات یکجانبه مطرح نبود. اساساً بحث تعهدات یکطرفی از حقوق اسلام به آن دیار کشیده شده است (دوره حقوق مدنی (تعهدات)، جعفری لنگرودی، ج ۱، ص ۱۲۳). میرزای قمی نیز در «جامع الشتات» می گوید: «جواز اصل معاوضه دلیل نمی خواهد چون اصل، برائت ذمه و اباحه است و عدم ورود منع، کافی است در جواز» (میرزای قمی، ج ۳، ص ۱۵۴).

بر پایه این مبانی و ملاحظات و با توجه به اوصاف عقد رهن، برخی از حقوقدانان چنین نظر داده اند که می توان توثیق اسناد تجاری را در قالب قراردادی بر طبق ماده ۱۰ ق.م.انجام داد، نه در قالب رهن اصطلاحی (صفایی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۴۴۲). این نظر با انتقاد مواجه شده است؛ زیرا ماده ۱۰ در صورتی قابل اعمال است که در خصوص قراردادی، مقررات قانونی مخالف وجود نداشته باشد. در مورد توثیق اموال، ماده ۷۷۴ ق.م.رهن هر چیزی را که عین معین نباشد، باطل اعلام کرده است. توضیح آنکه همان طور که می دانیم، قانون امری یکی از عوامل محدودکننده آزادی اراده افراد در انعقاد قراردادهاست و برای تشخیص امری بودن یک قاعده، راه های متفاوتی وجود دارد. آنچه به طریق استقراء، در مواد قانون مدنی استنباط می شود، این است که غالب احکامی که به منظور بیان شرایط وقوع و نفوذ عقد وضع شده، امری است. قواعد مربوط به موضوع معامله نیز به طور معمول بر اصولی اتکا دارد که تخلف آن نظم حقوقی مواد را بر هم می زند. علاوه بر این، قانون گذار با اعلام این نکته که مال مرهون باید به قبض مرتهن داده شود، راه هرگونه تخطی از ماده ۷۷۴ را بسته است (اسکینی، ۱۳۷۳، ص ۱۰۶).

هرچند بعضی نویسندگان گفته‌اند که ماده ۷۷۴ ق.م ناظر به موردی نیز هست که مال جنبه اعتباری داشته باشد و چون برات یک نوع مال اعتباری است، دین و طلب تلقی نمی‌شود و رهن گذاشتن آن مخالف ماده مزبور نمی‌باشد (تهرانی، ۱۳۶۴، صص ۱۰۴-۱۰۵).

اما بعضی دیگر از اساتید (اسکینی، ۱۳۷۳، ص ۱۰۷)، در مقابل می‌گویند اگر اموال اعتباری و اوراق و اسناد تجاری، کلاً مشمول ممنوعیت ماده ۷۷۴ قانون مدنی نمی‌شوند؛ چرا قانون‌گذار ضروری دیده که در مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۲۴ اسفند ۴۷)، بر قابل توثیق بودن اسناد تجاری از این قبیل تصریح کند؟ در مواد مزبور، در واقع، توثیق سهام متعلق به مدیران در صندوق شرکت، مجاز شناخته شده است و اگر قانون‌گذار به هنگام وضع ماده ۲۴۷ قانون تجارت (راجع به ظهرونی برات) نظر به جواز رهن و وثیقه داشت، مسلماً آن را پیش‌بینی می‌کرد (آموزگار، ۱۳۸۰، ص ۷۵).

اما آیا این امر در خصوص اوراق مباحه هم صدق می‌کند و آیا باید دارنده این اوراق را داین دانسته و حق او را نوعی حق دینی به حساب آورد و به همین دلیل و با صراحت ماده ۷۷۴ ق.م آن را غیر قابل وثیقه گذاردن دانست یا اینکه به طریقی دیگر باید مسئله را مطرح نمود؟ به نظر می‌رسد در خصوص اوراق مباحه مسئله کمی متفاوت است. همان‌طور که گفته شد این اوراق نمایانگر مالکیت مشاع دارندگان نسبت به دارایی است که به‌عنوان عین معین بر اساس قرارداد مباحه قرار است به بانی فرخته شود، تا زمانی که این عین و کالا در ید و اختیار نهاد واسط است، این اوراق نمایانگر یک حق عینی است؛ لکن پس از آنکه این کالا به بانی و خریدار واگذار شد این اوراق دیگر نمایانگر یک حق عینی نبوده و نمایانگر یک حق دینی است. با این تفصیل باید این نکته را نیز مدنظر قرار بدهیم که از نظر زمانی مدت بسیار کوتاهی این اوراق، سند نمایانگر عین می‌باشند؛ زیرا کالا توسط نهاد واسط به‌سرعت خریداری می‌شود و سپس بر اساس عقد مباحه به‌صورت اقساطی به بانی فروخته می‌شود و زین پس نهاد واسط داین محسوب خواهد شد. لذا سند دین بودن این اوراق و در واقع نمایانگر دین بودن آن‌ها غلبه بیشتری بر سند عین بودنشان دارد. با این حساب به نظر می‌رسد به وثیقه

گذاشتن اوراق مرابحه مشمول منع ماده ۷۷۴ خواهد بود؛ مگر اینکه راه حلی حقوقی ارائه شود. در این خصوص دکتر کاتوزیان برای جلوگیری از مشکلات حاصل شده از ماده ۷۷۴ قانون مدنی، پیشنهاد استفاده از سه نهاد حقوقی را می‌دهند که عبارت‌اند از معامله با حق استرداد، ضمانت و وکالت (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۳، ش ۳۵۶).

۱-۷. قابل توقیف بودن اوراق بهادار مرابحه

توقیف به معنای ضبط و اخذ چیزی است و در موارد متعددی ممکن است کاربرد داشته باشد، در ذیل به چند مورد توقیف اشاره می‌شود:

- ۱- هنگام اجرای حکم دادگاه (ماده ۴۱ قانون اجرای احکام مدنی)؛
 - ۲- اجرای تأمین خواسته (ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی)؛
 - ۳- اجرای دستور موقت: در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، دادگاه به درخواست ذی‌نفع دستور موقت صادر می‌نماید (ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی).
- اوراق مرابحه نیز از جمله مواردی است که می‌تواند به حکم دادگاه یا در جهت اجرای حکم دادگاه توقیف گردد. توقیف اوراق بهادار مرابحه همانند توقیف سایر اموال است. توقیف سهام تنها با حکم مراجع قضایی امکان‌پذیر است. واحد انتقالات و اصلاحات شرکت «سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه» حکم مرجع قضایی را (به استناد وضعیت دارایی محکوم)، بررسی و در صورت تطبیق اطلاعات دستور عملیات اجرایی توقیف سهام به تعداد ذکر شده در نامه مرجع قضایی را صادر می‌کند (در صورت عدم معرفی شرکت و تعداد از سوی دادگاه، دارایی محکوم تا سقف دین توقیف می‌شود).

در این میان برخی از نویسندگان (رحیمی، ۱۳۸۹، ص ۷۲) قابلیت رهن‌گذاری و قابل توقیف بودن اوراق بهادار را به هم گره زده و بر این اساس ادعا می‌کنند اسنادی که بر اساس ماده ۷۷۴ قانون مدنی قابلیت رهن‌گذاری ندارند، قابل توقیف نیستند. این نظر مورد انتقاد است؛ چراکه بسیاری از اسناد از جمله همین اوراق بهادار مرابحه نمایانگر عین نبوده و در نتیجه بر اساس ماده ۷۷۴ قابل رهن‌گذاری نمی‌باشند؛ اما همین

اسناد از نظر عرف، قانون و مجریان قانون ارزش مالی دارند و ممکن است میزان زیادی از دارایی یک فرد را تشکیل بدهند و قابل توقیف نیز می‌باشند.

۲. واگذاری و انتقال اوراق بهادار مباحه

اوراق بهادار مباحه توسط نهاد واسط یا ناشر این اوراق عرضه می‌شود و به اصطلاح به فروش می‌رسد. سرمایه‌گذاران این اوراق را خریداری نموده و معادل مبلغ آن مالک مشاع دارایی پایه می‌گردند. اما حق مطالبه تقسیم مال مشاع را نداشته و هرگاه به نقدینگی نیازمند بودند باید در بازار ثانویه این اوراق را منتقل کرده و با فروش اوراق، معادل آن وجه نقد به دست آورند. در این فرآیندها روابط حقوقی‌ای میان طرفین اتفاق می‌افتد که تعیین ماهیت آن به لحاظ حقوقی حایز اهمیت است. لذا در این قسمت از بحث به این سمت رفته‌ایم تا روابط حقوقی و ماهیت این روابط را در بازار اولی اوراق بهادار مباحه معلوم نماییم.

۲-۱. بازار اولی

در سطور گذشته گفته شد که بانی برای تأمین مالی طرح خود، واسط را مأمور می‌کند تا با انتشار اوراق مباحه تأمین مالی لازم را فراهم آورد. واسط (SPV) نیز در همین راستا اوراق مباحه را منتشر نموده و آنها را از طریق عامل فروش به سرمایه‌گذاران واگذار می‌نماید. در همین مرحله پیرامون ماهیت حقوقی این اعمال نهاد واسط و انتقال سهام مسائلی مطرح است که در زیر بیان می‌نماییم:

۲-۱-۱. تجاری یا غیرتجاری بودن انتشار اوراق بهادار مباحه

به‌طور کلی، اعمال حقوقی یا تجاری‌اند یا غیرتجاری. اعمال تجاری یا اعمال تجاری ذاتی هستند که در ماده ۲ قانون تجارت به آنها تصریح شده و یا اعمال تجاری تبعی‌اند که به اعتبار تاجر بودن طرفین یا یکی از آنها تجاری محسوب می‌شوند (ماده ۳ قانون تجارت) و یا شخص حقوقی انجام‌دهنده عمل، شرکت سهامی است (ماده ۲ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷).

فایده این تقسیم‌بندی در آن است که اعمال تجارتي اولاً نمایانگر شخص تاجر است و بر فرد تاجر تکالیفی است که بر سایر متعاملین نیست و بعضاً احکامی اجرا می‌گردد که تنها قانون‌گذار آن را پیرامون تاجر جاری دانسته است؛ از جمله، این موارد می‌توان به ماده ۶ قانون تجارت اشاره کرد که قانون‌گذار، تاجر را مکلف می‌کند تا دفاتر مذکور در این ماده را داشته باشد. این دفاتر عبارت‌اند از: دفتر دارایی، دفتر کل، دفتر روزنامه و دفتر کپی. دیگر مورد ورشکستگی است که در نتیجه توقف از تادیه وجوهی است که بر عهده تاجر قرار دارد و خاص تجار است چه تجار حقیقی و چه شرکت‌های تجاری (اسکینی، ۱۳۸۷، ص ۱۲۱). ثانیاً شرکت‌های اشخاص بر اساس قانون تجارت باید با موضوع انجام فعالیت‌های تجاری مذکور در ماده ۲ ق.ت تشکیل شده باشد؛ یعنی شرکت‌هایی که از حیث موضوع تجارتي محسوب می‌شود نه از حیث شکل مانند شرکت با مسئولیت محدود، تضامنی، نسبی و... نمی‌توانند موجود باشند مگر اینکه موضوع فعالیت آن‌ها یکی از مصادیق ماده ۲ قانون تجارت باشد؛ ثالثاً شناخت اعمال تجاری ملاک تشخیص تشکیلات تجارتي از غیرتجارتي است. اگر فعالیت اصلی انجمنی اعمال تجارتي باشد، می‌توان با وجود شکل ظاهری‌اش، حتی اگر ثبت شده باشد، به حکم ماده ۱ قانون تجارت آن را تاجر تلقی کرد (اسکینی، ۱۳۸۶، ص ۱۳۸).

پس از این مقدمه چینی به سراغ سؤال اصلی می‌رویم. آیا عمل مؤسسه واسط در انتشار اوراق بهادار مرابحه عمل تجارتي محسوب می‌گردد یا خیر؟

اینکه آیا انتشار اوراق بهادار به‌طور کلی عمل تجارتي ذاتی تلقی می‌گردد؟ یا به عبارت دیگر آیا انتشار اوراق بهادار در ماده ۲ قانون تجارت جزء اعمال تجارتي تصریح گردیده است؟ اگر نگاهی به ماده ۲ قانون تجارت بیاندازیم یک بند از این ماده به پاسخ ما مربوط است. بند ۷ ماده ۲ هرگونه عملیات صرافی و بانکی را تجاری دانسته است. حال آیا انتشار اوراق مرابحه جزء عملیات بانکی در عرف بانکداری به حساب می‌آید یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش ابتدا باید مفهوم عملیات بانکی را معلوم نماییم. عملیات بانکی نه در قانون تجارت و نه در قوانین دیگر تعریف نشده

است و تنها قانون پولی و بانکی کشور پیش‌بینی کرده است که «تشخیص عملیات بانکی با شورای پول و اعتبار می‌باشد» (بند ب ماده ۳۰) (اسکینی، ۱۳۸۶، ص ۱۹۳). به‌طور خلاصه باید بگوییم که در ماده ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ که عملیات‌های سنتی بانکی را احصا می‌کند، صحبتی از انتشار اوراق بهادار نشده است و نمی‌توان آن را به لحاظ اینکه عملیات بانکی است، مطابق بند ۷ ماده ۲ قانون تجارت عمل تجاری دانست.

روشی که برای تجاری محسوب کردن انتشار اوراق مرابحه باقی می‌ماند، این است که شرکت نهاد واسط در قالب سهامی تشکیل گردد و در این صورت هر عملی که توسط وی انجام گیرد تجاری خواهد بود، خواه ذیل ماده ۲ قانون تجارت باشد، خواه نباشد. راه دیگر این است که از یک شرکت با مسئولیت محدود تشکیل یافته به‌منظور انتشار اوراق مرابحه استفاده شود که در این صورت عمل انتشار اوراق نیز به حساب عمل شرکت تجاری مطابق بند ۴ ماده ۳ قانون تجارت تجاری محسوب می‌گردد (رحیمی، ۱۳۸۹، ص ۷۴).

اما به نظر نویسنده هدف قانون‌گذار تجاری محسوب کردن اعمال نهاد واسط و دارندگان اوراق است و باید با این رویکرد به این قوانین نگریست. توضیح آنکه موضوع فعالیت نهاد واسط که بر اساس قانون یک شرکت با مسئولیت محدود است، انتشار اوراق مرابحه است که همین عمل از جمله عملیات عاملی است که در ذیل بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت (هر قسم عملیات دلالی یا حق‌العمل کاری (کمسیون) و یا عاملی و همچنین تصدی به هر نوع تأسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می‌شود از قبیل تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رساندن ملزومات و غیره.) بدان اشاره شده و از جمله معاملات تجاری به حساب آمده است؛ چراکه نهاد واسط از طرفی هم نقش عاملی دارد، برای انتشار و فروش اوراق مرابحه دارد و همچنین، از طرف دیگر در جهت تسهیل عملیات انتشار این اوراق ایفای نقش می‌کند. با این اوصاف حتی اگر موضوع اوراق بهادار منتشرشده اموال غیرمنقول باشد؛ می‌توانیم حکم به تجاری بودن فعالیت‌های نهاد واسط بدهیم.

اکنون از آنجاکه اعمال نهاد واسط تجارتي دانسته شد، می توان بر اساس بند ۲ ماده ۳ قانون تجارت (معاملات ذیل به اعتبار تاجر بودن متعاملین یا یکی از آنها تجارتي محسوب می شود: کلیه معاملاتی که تاجر با غیرتاجر برای حوائج تجارتي خود می نماید) به تجارتي بودن عمل خریداران اوراق مرابحه نیز حکم نمود.

۲-۱-۲. ماهیت حقوقی فرآیند واگذاری اوراق مرابحه به سرمایه گذاران

فرایند واگذاری اوراق بهادار به سرمایه گذاران ماهیت حقوقی ویژه ای دارد. این ماهیت حقوقی اگرچه در الفاظ به مسامحه خرید و فروش اوراق و یا سهام تعبیر می شود و یا در قانون تجارت از آن به پذیره نویسی یاد شده است، اما به واقع، بر این فرآیند نمی توان نام بیع یا همان خرید و فروش نهاد. علت آن است که موضوع بیع با آنچه موضوع انتقال اوراق بهادار واقع می گردد، متفاوت است و با تفاوت موضوعات احکام و اثراتی که بر آن موضوع مترتب است، تغییر خواهد نمود. مطابق ماده ۳۳۸ قانون مدنی «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم»؛ قانون گذار در این ماده موضوع بیع را عین دانسته است. عین عبارت از مالی است که وجود مادی و محسوس دارد و به طور مستقل مورد دادوستد قرار می گیرد، نه به عنوان ثمره تدریجی از عین دیگر. به اضافه امروز پاره ای از اموال وجود دارد، مانند حق تالیف و حق سرقفلی و مالکیت علائم صنعتی و تجاری، که در عالم اعتبار می توان وجودی برای آنها تصور کرد و هیچ کس هم تردید ندارد که نباید اینها را در زمره منافع آورد.

ظاهراً قید «عین» در ماده ۳۳۸ انتقال «حق» را نیز از تعریف بیع خارج می کند. بنابراین انتقال حق خیار و حق تحجیر را نباید نوعی بیع دانست. این گونه قراردادهای تابع قواعد عمومی معاملات و اصل آزادی قراردادهاست (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۴۱).

با توجه به آنچه گفته شد، واگذاری اوراق مرابحه را نمی توان عقد بیع دانست؛ زیرا موضوع قرارداد واگذاری اوراق مرابحه «عین» نیست. در واقع تنها عینی که در این بین منتقل می شود همان کاغذ ورقه است که موضوع قرارداد نمی تواند باشد. موضوع قرارداد در اینجا تعهداتی است که به موجب انعقاد قرارداد حاصل می آید. در واقع، با این انتقال نهاد واسط قراردادی با گیرندگان اوراق منعقد می نماید که در آن متعهد

می‌شود سرمایه‌ای را که از دارندگان اوراق جمع‌آوری می‌شود، در جهت خرید دارایی معین و سپس فروش اقساطی آن بر اساس عقد مباحه به بانی به کار گیرد و سود اوراق را در سررسیدهای مقرر به دارندگان اوراق بپردازد. در مقابل سرمایه‌گذاران با خرید اوراق متعهد می‌شوند تا مبلغ معین‌شده در اوراق را بپردازند و نهاد واسط را وکیل خود در خرید دارایی مشخص شده و فروش آن به بانی و دریافت سود و تحویل آن به دارندگان تعیین می‌کنند.

ملاحظه می‌شود که فرآیند واگذاری اوراق مباحه را نمی‌توان یک عقد بسیط دانست بلکه نوعی عقد مرکب است که از لحاظ ماهوی خود از قراردادهای متعددی تشکیل شده است. چنانکه ملاحظه می‌شود قرارداد بین نهاد واسط و خریداران اوراق، قرارداد «وکالت» است. در مقابل تعهدات از سمت دارندگان اوراق شامل انعقاد عقد وکالت با نهاد واسط و وکالت دادن به او در زمینه‌های بالاست. به‌علاوه با انعقاد عقد وکالت نهاد واسط، امین سرمایه‌گذاران در حفظ و به‌کارگیری سرمایه محسوب می‌گردد.

۲-۱-۳. شرکت مدنی یا تجاری بودن اشاعه دارندگان اوراق بهادار مباحه

خریداران اوراق با خرید اوراق مباحه در واقع در انجام یک فعالیت تجاری مشارکت می‌کنند و دارایی مشاعی تشکیل می‌دهند که هر یک مالک مشاع این دارایی به نسبت سرمایه‌ای که در این بین گذاشته‌اند به حساب می‌آیند.

مسئله اینجاست که آیا این تشکیل مال مشاع به‌منظور خرید یک کالا و فروش آن بر اساس عقد مباحه، شرکت مدنی تلقی می‌شود یا می‌توان به آن عنوان شرکت تجاری داد؟

وصف تجارتي شرکت‌ها زاييده موضوع و هدف آنهاست. لذا اگر شرکت مدنی بر مبنای اشاعه تشکیل شود و شغل معمولی خود را انجام اعمال تجارتي قرار دهد آن شرکت تجارتي است و مطابق ماده ۲۲۰ قانون تجارت باید به‌صورت یکی از شرکت‌های مذکور در ماده ۲۰ قانون تجارت درآید؛ در غیر این صورت شرکت تضامنی به حساب خواهد آمد.

بنابراین، می‌توان در نگاه اول اشاعه اموال توسط دارندگان اوراق مرابحه به‌منظور خرید کالا برای فروش مرابحه‌ای به بانی را یک عمل تجارتي تلقی نمود؛ زیرا بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول را به‌قصد فروش یا اجاره اعم از اینکه تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد، تجارتي می‌داند. نتیجه اینکه موضوع این اشاعه یک عمل تجارتي است و این باعث می‌شود که شرکت یک شرکت تجارتي محسوب شده و مطابق ماده ۲۲۰ الزاماً در قالب یکی از موارد ماده ۲۰ قانون تجارت تشکیل یابد.

لکن اگر با دقت در ماده یک قانون تجارت که پیرامون تعريف تاجر بیان شده و ملاک ما در تشخیص شرکت تجاری از غیرتجاری است، نگاه کنیم این نکته را درمی‌یابیم که قانون‌گذار شرکتی را تجاری دانسته که «شغل معمولی» خود را معاملات تجارتي قرار بدهد. منظور شغل معمولی این است که باید انجام دادن این اعمال حرفه معمول او باشد و در لفظ «معمولی» مفهوم تکرار نهفته شده است (اسکینی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۰). در مورد اوراق مرابحه اشاعه اموال به‌منظور خرید دارایی و فروش آن به بانی بر اساس عقد مرابحه تنها یک بار اتفاق می‌افتد که این کار مفهوم «شغل معمولی» را نمی‌رساند.

۲-۲. بازار ثانوی

اوراق بهادار مرابحه پس از طی کردن مراحل واگذاری به دارندگان اوراق، مجموعی از وجه نقد را فراهم می‌آورند که در نهایت، با استفاده از این وجوه یک دارایی به‌منظور فروش به بانی توسط نهاد واسط خریداری می‌شود. دارندگان اوراق تا زمانی که دارایی در ید نهاد واسط است، مالکان مشاع دارایی پایه اوراق هستند؛ چراکه دارای یک حق عینی نسبت به دارایی هستند، لکن بعد از فروش دارایی به بانی تنها دارای یک حق دینی هستند.

اما ممکن است دارندگان اوراق برای تمام مدت قرارداد مایل نباشند دارنده اوراق باقی بمانند و شاید نیاز به نقدینگی پیدا کنند. در این حالت نیازی به تقاضای تقسیم مال مشاع مذکور یا تقاضای وصول حق دینی نیست بلکه دارنده می‌تواند اوراق خویش

را در بازار ثانوی به اشخاص دیگری منتقل نماید. بر اساس بند ۱۰ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴، بازار ثانوی بازاری است که اوراق بهادار پس از عرضه اولیه، در آن مورد دادوستد قرار می‌گیرد. با انتقال اوراق در بازار ثانوی کلیه حقوق و تکالیف مترتب بر اوراق مرابحه به منتقل‌الیه به‌عنوان قائم مقام انتقال‌دهنده خواهد رسید. یعنی پس از این خریدار مالک آن حق دینی خواهد بود و به همین جهت فروشنده به حساب خواهد آمد و به موجب قرارداد انتقال اوراق، نهاد واسط را وکیل در وصول دیون، اداره آن‌ها و تقسیم سود خواهد دانست. این امر در ماده ۱۲ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مورد اشاره قرار گرفته است؛ با خرید اوراق مرابحه، رابطه وکیل و موکل میان ناشر و خریداران اوراق مرابحه برقرار می‌گردد. ناشر به وکالت از طرف خریداران اوراق ملزم به خرید دارایی موضوع انتشار به‌صورت نقد و فروش اقساطی آن به بانی است. در اسناد موضوع انتشار اوراق مرابحه باید قید شود که خرید اوراق به منزله قبول وکالت ناشر بوده و وکالت ناشر تا سررسید و تسویه نهایی اوراق غیرقابل عزل و معتبر است.

در مرحله انتقال اوراق مرابحه روی این اوراق قیمتی گذارده می‌شود. این قیمت تحت تأثیر عوامل گوناگون به‌ویژه نوع قرارداد مرابحه، نرخ بازده اوراق، نرخ بازده اوراق مشابه، نرخ تورم تغییر می‌کند و ممکن است قیمت معاملاتی اوراق پایین‌تر یا بالاتر از قیمت اسمی اولیه آن‌ها باشد؛ در نتیجه، بازده اوراق برای صاحبان اوراق عبارت است از سهم اوراق از سود ماهانه اوراق که توسط بانی پرداخت می‌شود به اضافه مابه‌التفاوت قیمت خرید با قیمت فروش که می‌تواند مثبت یا منفی باشد.

ذکر این نکته نیز لازم است که انتقال اوراق مرابحه در بازار ثانوی می‌تواند با تنزیل نرخ این اوراق همراه باشد؛ به این صورت که دارنده اوراق می‌تواند اوراق خویش را با نرخ نازل‌تر نسبت به زمان سررسید اوراق بفروشد و مبلغ کمتری به‌صورت نقد دریافت نماید. این امر از جهت فقهی با مانعی روبه‌رو نیست؛ زیرا مطابق قاعده «للاجل قسطاً من الثمن» میزان کسری پرداخت در قیمت اوراق مرابحه به دلیل مدت زمانی است که به سررسید اوراق مانده و فروشنده اوراق در این مدت بهره‌برداری لازم را از وجه نقد خواهد داشت.

نکته دیگر اینکه در انتقال اوراق، خریدار اوراق مرابحه طبق اصل قائم مقامی دارای کلیه حقوق و تکالیف فروشنده ورقه می‌شود و طبق آن می‌تواند سود اوراق و همچنین اصل اوراق را در مواعد مقرر مطالبه و دریافت نماید. به موجب این انتقال و در ضمن آن خریدار، وکالت نهاد واسط در اداره این حقوق دینی را نیز می‌پذیرد و حق عزل او را نخواهد داشت (ماده ۱۲ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه) به علاوه اگر دارنده قبلی تعهد به پرداخت مبلغ اسمی ورقه کرده ولی هنوز آن را پرداخت ننموده، دارنده جدید باید مابقی مبلغ تعهد شده را بپردازد.

جمع بندی

بنا بر آنچه گفته آمد، اوراق مرابحه یک حق مالی است که نمایانگر یک دین است. این اوراق منقول و قابل انتقال به غیر است. در مورد قابلیت رهن‌گذاری این اوراق به علت منع موجود در ماده ۷۷۴ قانون مدنی، اختلاف نظر وجود دارد. به نظر نگارنده از آنجاکه اوراق بهادار مرابحه همان‌طور که در توضیحات بالا آمد، مدت بسیار کوتاهی نمایانگر عین است و بیشتر مدت زمان انتشار نمایانگر دین است، قابلیت رهن‌گذاری ندارد. اما در خصوص چگونگی انتقال اوراق مرابحه طرح مسائلی چند به نظر دارای اهمیت است. بند یک ماده یک دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه، اوراق مرابحه را «بانام» دانسته است. بانام بودن اوراق مرابحه اثراتی اعم از مثبت و منفی در پی خواهد داشت. نخست اینکه نام و نشانی دارنده اوراق در آن یا در اسناد مربوطه موجود است و این ارتباط را با دارنده اوراق تسهیل می‌کند. دوم اینکه در انتقال اوراق بهادار بانام رعایت تشریفات لازم می‌شود. همین طی کردن تشریفات قانونی برای انتقال اوراق مرابحه، سرعت نقل و انتقال این اوراق را نسبت به اوراق بی‌نام که با دادوستد و قبض و اقباض انجام می‌شود را کاهش می‌دهد و موجبات بی‌رغبتی سرمایه‌گذاران را فراهم خواهد آورد.

مسئله دیگر و مهم‌تر که برای اوراق بانام مرابحه مطرح می‌شود، اخذ مالیات از اوراق با نام است؛ چراکه تنها این سهام و اوراق با نام هستند که باید نقل و انتقالشان

ثبت شود و بنابراین، باید قبل از ثبت این مالیات تأدیه شود (تبصره یک ماده ۱۴۳ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۸۱).

با این توضیحات به نظر می‌رسد با نام بودن این اوراق، موجبی برای عدم رغبت سرمایه‌گذاران برای خریداری اوراق مرابحه خواهد بود. قانون‌گذاران باید به این مسئله توجه کنند و در پی جذاب‌تر کردن این اوراق برای سرمایه‌گذاران برآیند.

در مورد بحث واگذاری و انتقال اوراق مرابحه که در دو قسمت بازار اولی و بازار ثانوی ارائه شد؛ در بحث از بازار اولی ابتدا عمل انتشار اوراق مرابحه را با توجه به موضوع فعالیت نهاد واسط که از جمله عملیات عاملی است، عملی تجاری محسوب کردیم. در ادامه گفتیم که ماهیت حقوقی فرایند واگذاری اوراق مرابحه را به نظر نویسنده نمی‌توان یک عقد بسیط دانست بلکه یک عقد مرکب است که از لحاظ ماهوی خود از قراردادهای متعددی تشکیل شده است. همچنین به نظر نویسنده تشکیل مال مشاع به منظور خرید یک کالا و فروش آن بر اساس عقد مرابحه، شرکت تجاری تلقی نمی‌شود بلکه یک شرکت مدنی است؛ چراکه به هیچ‌یک از طرقی که در بالا توضیح آن رفت، نمی‌توان این شرکت را یک شرکت تجاری تلقی نمود. در مورد بازار ثانوی نیز با انتقال اوراق در این بازار کلیه حقوق و تکالیف مترتب بر اوراق مرابحه به منتقل‌الیه به‌عنوان قائم‌مقام انتقال‌دهنده خواهد رسید؛ یعنی پس از این خریدار مالک آن حق دینی خواهد بود و به همین جهت فروشنده به حساب خواهد آمد و به موجب قرارداد انتقال اوراق، نهاد واسط را وکیل در وصول دیون، اداره آن‌ها و تقسیم سود خواهد دانست.

یادداشت‌ها

۱. منظور از cost-plus pricing، قیمت‌گذاری با سود معین است؛ که در آن قیمت فروش کالا از طریق محاسبه هزینه واقعی تولید و توزیع، به علاوه درصد معینی بابت سود، مشخص می‌شود.

۲. mark-up یا سود ناویژه، تفاوت قیمت خرید و فروش یک کالا می‌باشد.

کتابنامه

- آموزگار، مریم‌السادات (۱۳۸۰)، مشکلات حقوقی وثیقه‌گذاران اسناد تجاری، تهران: نشریه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، شماره ۲۱ و ۲۲.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۷۳)، حقوق تجارت تطبیقی، تهران: انتشارات مجمع علمی فرهنگی مجد، چاپ اول بهار و تابستان.
- همو (۱۳۸۶)، حقوق تجارت کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازمان‌دهی فعالیت تجاری، تهران: انتشارات سمت، چاپ دهم.
- همو (۱۳۸۷)، حقوق تجارت ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران: انتشارات سمت، چاپ یازدهم.
- امامی، سیدحسن (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی، چاپ شانزدهم، ج ۴.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب المحرمة والبیع والخیارات (ط- الحدیثه)، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ج ۳.
- تهرانی، مرتضی (۱۳۶۴)، ظهنویسی و مقررات آن، تهران: فصلنامه حق، دفتر چهارم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۴)، دوره حقوق تعهدات، جلد ۱، قم: انتشارات مؤسسه عالی امور قضایی و اداری، چاپ سوم.
- همو (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جمعی از نویسندگان (۱۳۸۴)، عقد مرابحه، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
- رحیمی، علی‌اصغر (۱۳۸۹)، پایان‌نامه بررسی فقهی و حقوقی اوراق بهادار اجاره، تهران: دانشگاه امام صادق(ع).
- شمس، عبدالله (۱۳۸۲)، آئین دادرسی مدنی، تهران: نشر میزان، چاپ چهارم، ج ۱.
- شهید ثانی، عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، روضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (محشی کلانتر)، قم: کتابفروشی داوری، ج ۳.
- همو (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ج ۴.
- صالح‌آبادی، علی (۱۳۸۵)، بازارهای مالی اسلامی، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، چاپ اول.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۲)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان، چاپ اول، ج ۲.

عاملی، حرّ، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم: مؤسسه آل البیت(ع)، چاپ اول، ج ۱۳.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت انتشار، چاپ سوم، ج ۱. همو (۱۳۷۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران: مؤسسه نشر یلدا، چاپ اول.

همو (۱۳۸۴)، دوره عقود معین، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ج ۱ و ۳. کریمی، عباس (۱۳۷۶)، رهن دین، تهران: نشریه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۳۱، پاییز.

مشکوة، سید محمد (۱۳۷۱)، تعلیق بر آئه کریمه دین در تحولات حقوق خصوصی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد حسن (۱۳۷۱)، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول، ج ۲ و ۳.

نجفی، الشیخ محمدحسن (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ج ۲۳، ۲۴ و ۲۵.

[www.Accountancy.com.pk/ Tagi Usmani, Maulana \(2004\)](http://www.Accountancy.com.pk/Tagi%20Usmani,%20Maulana%20(2004))

www.pajoohe.com/fa/index.php?Page=definition&UID=4327

www.rdis.ir/ApprovedGuidLines.asp