

ماهیت، احکام و آثار

اوراق مرابحه

تألیف:

حسن علی پور

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی



مجمع علمی و فرهنگی مجد

www.ketab.ir

سرشناسه	: علی پوره حسن
عنوان و نام پدیدآور	: ماهیت، احکام و آثار اوراق مرابحه/ نگارنده حسن علی پور.
مشخصات نشر	: تهران: مجده، ۱۳۹۴.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۴۶۳-۶
وضعیت فهرست نویسی	: فیپا
موضوع	: بهره (فقه)
موضوع	: بهره -- قوانین و مقررات
موضوع	: اوراق بهادار اسلامی
موضوع	: اوراق بهادار -- ایران
موضوع	: بانک و بانکداری (فقه)
موضوع	: بانک و بانکداری -- قوانین و مقررات -- ایران
رده بندی کنگره	: BP۱۹۰/۶/ع۷۸م۲ ۱۳۹۴
رده بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۳۹۵۵۶۳

هرگونه تکثیر کامل یا قسمتی از کتاب بدون اجازه پدیدآورنده، یا ناشر خلاف قانون، شرع و اخلاق است.
 موارد تخلف را به دفتر مرکزی «مجده» گزارش فرمایید.

ماهیت، احکام و آثار اوراق مرابحه

تألیف: حسن علی پور

انتشارات مجده

چاپ اول: ۱۳۹۴ تعداد: ۵۰۰ نسخه

حق چاپ محفوظ و منحصر «مجده» است.

دفتر مرکزی:

تهران، میدان انقلاب، خیابان وحید نظری، تقاطع ۱۲ فروردین پلاک ۱۰۸

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۰۹۴۲۲ - ۶۶۹۱۳۳۸۶

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۴۶۳-۶

ISBN: 978-600-193-463-6

شعبه فروردین: خیابان ۱۲ فروردین، مقابل تعزیرات، پلاک ۲۸۳، طبقه دوم تلفن: ۶۶۴۹۰۹۹۸

شعبه اردیبهشت: خیابان اردیبهشت (منبری جاوید)، تقاطع شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۷ تلفن: ۶۶۴۸۶۸۷۴

www.majdlaw.ir

E-mail: majdlaw92@gmail.com

سیستم اشتراک پذیری «مجده»:

ارسال پیامک حاوی نام و نام خانوادگی و شغل (در صورت تمایل) به شماره ۰۲۱۶۶۴۹۰۹۹۸

فصلنامه حقوقی مجده با ارائه مقالات اساتید میرز حقوق کشور بطور منظم منتشر می شود.

فهرست مطالب

۹ مقدمه
۱۵ فصل اول: کلیات
۱۷ گفتار اول: مفاهیم
۱۷ بند اول: مرابحه، اوراق مرابحه
۱۷ الف: مرابحه در لغت
۱۸ ب: مرابحه در اصطلاح فقه
۲۰ ج: مرابحه در قوانین
۲۰ د: تعریف اصطلاحی اوراق مرابحه
۲۱ بند دوم: صکوک
۲۱ الف: تعریف لغوی صکوک
۲۲ ب: تعریف اصطلاحی صکوک
۲۴ ج: صکوک در احادیث و ادبیات تجاری اسلام
۲۶ بند سوم: بازارهای اوراق بهادار
۲۶ الف: بازار اولیه
۲۶ ب: بازار ثانویه
۲۸ گفتار دوم: تاریخچه و بررسی ابعاد مختلف اوراق مالی اسلامی (صکوک)
۲۸ بند اول: تاریخچه اوراق مالی اسلامی
 بند دوم: اقسام و ویژگیهای کلی و مشترک اوراق مالی اسلامی و
۳۱ بازارهای اسلامی
۳۱ الف: اقسام اوراق مالی اسلامی (صکوک) از جهت انتفاعی بودن
 ب: اقسام اوراق مالی اسلامی (صکوک) از جهت کاربرد در بازار
۳۳ سرمایه
۳۵ ج: ویژگیهای اوراق مالی اسلامی
۴۰ گفتار سوم: انواع اوراق مرابحه
۴۰ الف: اوراق مرابحه جهت تأمین مالی

۶ □ ماهیت، احکام و آثار اوراق مرابحه

- ب: اوراق مرابحه جهت تأمین نقدینگی ۴۱
ج: اوراق مرابحه جهت تشکیل سرمایه شرکت‌های تجاری ۴۲
د: اوراق مرابحه رهنی ۴۴

فصل دوم: تحلیل فقهی، حقوق ماهیت اوراق مرابحه و معاملات

- راجع به آنها ۴۷
گفتار اول: تحلیل فقهی، حقوقی ماهیت اوراق مرابحه و معاملات راجع به آنها در مرحله انتشار و عرضه اولیه ۵۰
بند اول: فرایند انتشار و عرضه اولیه اوراق مرابحه و تحلیل حقوقی روابط ناشی از آن ۵۰
بند دوم: تحلیل ماهیت اوراق مرابحه در قالب بیع مرابحه ۵۵
الف: انواع بیع مرابحه و الزامات آن ۵۵
۱- انواع بیع مرابحه ۵۵
۱-۱- مرابحه بسیط ۵۶
۲-۱- مرابحه مرکب ۵۶
۲- الزامات بیع مرابحه ۵۹
ب: بررسی فقهی بیع مرابحه ۶۰
ج: بررسی شبهات و مصادیق مشکوک بیع مرابحه ۶۴
۱- حیلۀ قرض ربوی ۶۵
۲- بیع صرف ربوی ۶۶
۳- سلف و زیادت ۶۷
د: تبیین ماهیت اوراق مرابحه نوع اول و سوم در قالب رابطه حقوقی بیع مرابحه ۶۸
ه: تبیین ماهیت اوراق مرابحه نوع دوم در قالب بیع العینه ۶۹
گفتار دوم: تحلیل فقهی و حقوقی معاملات اوراق مرابحه در بازار ثانویه ۷۲
بند اول: تحلیل واگذاری ثانوی اوراق مرابحه در قالب بیع کلی مشاع ۷۲
بند دوم: تحلیل واگذاری ثانوی اوراق در قالب بیع دین ۷۳
الف: بیع دین ۷۴
ب: مفهوم دین و تعهد در حقوق نوشته و حقوق اسلامی ۷۶

- ۷۸.....: ج: اعتبار بیع دین در فقه امامیه
- ۸۱.....: د: اعتبار بیع دین در فقه عامه
- ۸۵.....: د: جهت اعتبار بیع دین در حقوق ایران

فصل سوم: شرایط، احکام و آثار اوراق مرابحه..... ۸۷

گفتار اول: شرایط صدور و ارکان اوراق مرابحه..... ۹۰

بند نخست: شرایط انتشار اوراق مرابحه..... ۹۰

الف: اشخاص مجاز به انتشار..... ۹۱

۱- شرکتهای سهامی و تعاونی..... ۹۱

۲- شرکت دولتی..... ۹۳

۳- شهرداریها، موسسات و نهادهای عمومی غیردولتی..... ۹۳

ب: شرایط دارایی موضوع اوراق مرابحه:..... ۹۶

۱- شرایط عمومی..... ۹۶

۱-۱- موجود بودن..... ۹۷

۱-۲- امکان واگذاری به غیر..... ۹۸

۲- شرایط اختصاصی..... ۹۹

۱-۲- ایجاد نقدینگی..... ۹۹

۲-۲- بیمه مال تا زمان انتقال به بانی..... ۹۹

۲-۳- تعیین عمر اقتصادی مال..... ۱۰۰

۲-۴- دارای حد نصاب ارزش مالی..... ۱۰۰

۲-۵- سایر شرایط اختصاصی..... ۱۰۱

بند دوم: ارکان اوراق مرابحه..... ۱۰۱

گفتار دوم: احکام اوراق مرابحه..... ۱۰۵

بند اول: حق مالی بودن..... ۱۰۵

بند دوم: نمایانگر سهم مشاع دارنده در دارایی پایه..... ۱۰۶

بند سوم: قابلیت انتقال..... ۱۰۸

بند چهارم: با نام بودن..... ۱۰۹

بند پنجم: قابلیت توقیف..... ۱۱۰

بند ششم: تضمینی بودن اوراق..... ۱۱۲

۸ □ ماہیت، احکام و آثار اوراق مرابحہ

- ۱۱۳..... گفتار سوم: آثار اوراق مرابحہ
- ۱۱۳..... بند اول: آثار قرارداد مرابحہ
- ۱۱۷..... بند دوم: حقوق و تکالیف دارندگان اوراق مرابحہ
- ۱۱۷..... الف: حقوق دارندگان اوراق مرابحہ
- ۱۱۷..... ۱- حق مالکیت اوراق
- ۱۱۸..... ۲- استحقاق دارندگان اوراق نسبت بہ سود
- ۱۲۵..... ۳- حق دریافت اصل وجہ اوراق
- ۱۲۷..... ۴- حق انتقال اوراق بہ غیر
- ۱۲۹..... ۵- حق اقامہ دعوا توسط دارندگان
- ۱۳۷..... ب: تکالیف دارندگان اوراق مرابحہ
- ۱۳۷..... ۱- تکلیف بہ پرداخت مبلغ اوراق
- ۱۳۸..... ۲- تکلیف بہ فروش دارایی خود
- ۱۳۸..... ۳- تکلیف بہ بیان درست قیمت راس المال
- ۱۴۰..... ۴- تکلیف بہ تسلیم مبیع
- ۱۴۳..... نتیجہ گیری
- ۱۴۷..... فہرست منابع

مقدمه

صکوک از جمله ابزارهای مالی جدید بازارهای اسلامی هستند که به علت فقدان معیارهای اسلامی در اوراق قرضه، به منصفه ظهور رسیده‌اند. در واقع صکوک از جدیدترین محصولاتی است که با استفاده از کاربردهای ساختاری در بازارهای مالی اسلامی به وجود آمده است. از همین رو در راستای طراحی اوراق بهادار، با انعطافی که بتواند پاسخگوی انواع نیازهای تأمین مالی بنگاه‌های اقتصادی در بازار سرمایه باشد و از سوی دیگر نیز مطابق با اصول و استانداردهای اسلامی باشد، در دهه ۱۹۹۰ میلادی، همزمان با گسترش ساختارهای مختلف معاملات مالی توسط بانک‌های اسلامی، ایده استفاده از ابزارهای مالی اسلامی در بازار سرمایه نیز قوت گرفت. بدنبال آن متخصصان مالی در کنار علمای دینی اقدام به مطالعه راهکارهای مناسب نمودند.^۱ اندیشمندان مسلمان به فکر طراحی ابزارهای مالی اسلامی افتادند، و برای این منظور مطالعات گسترده‌ای بر روی عقود شرعی و قابلیت آنها برای ابزارسازی صورت گرفت تا با استفاده از آنها ابزارهای مالی، جایگزین ابزارهایی چون اوراق قرضه که به طور معمول مبتنی بر قرض یا بهره و ربا هستند، طراحی گردد.

در این خصوص یکسری صکوک طراحی و وارد بازارهای اسلامی شد که از جمله آنها اوراق مرابحه است. اوراق مرابحه اساساً مبتنی بر عقد مرابحه است. معمولاً در متون فقهی بیع مرابحه چنین توصیف می‌شود که: «مرابحه یکی از اقسام بیع است و آن عبارت است از بیعی که بائع در آن قیمت خرید کالا را ذکر کند و آن را به بیشتر از قیمت خرید آن (با فرض علم متعاقدین به اصل

۱ - سید روح‌الله رضوی، حمید پهلوان، اوراق صکوک: تعریف، انواع و ساختار، چ نخست، (تهران: مدیریت پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی، سازمان بورس اوراق بهادار، ۱۳۸۶)، ص ۲۰.

۱۰ ماهیت، احکام و آثار اوراق مرابحه

قیمت) بفروشد»^۱

سازوکار اوراق مرابحه پیچیده و دارای انواع مختلفی است که با توجه به مذاکرات کمیسیون تخصصی فقهی بورس بدین شرحند:

- ۱- اوراق مرابحه جهت خرید دارایی
- ۲- اوراق مرابحه جهت تهیه نقدینگی
- ۳- اوراق مرابحه جهت تشکیل سرمایه شرکت‌های تجاری
- ۴- اوراق مرابحه رهنی

اساسی‌ترین این اوراق همان نوع اول است چرا که نوع دوم اساساً با مشکل فقهی مواجهه است، نوع سوم هم کاربرد زیادی ندارد، و نوع چهارم نیز خود به صورت جداگانه یک اوراق جدید تحت عنوان صکوک مشارکت رهنی را تشکیل می‌دهد.

فرآیند انتشار این اوراق بدین نحو است که: بانی جهت تأمین مالی خود، اقدام به تأسیس شرکت به منظور خاص تحت عنوان واسط می‌کند. واسط با انتشار اوراق مرابحه، از طریق شرکت تأمین سرمایه، وجوه سرمایه‌گذاران را جمع‌آوری کرده و به وکالت از طرف آنان کالای مورد نیاز بانی را از تولیدکننده (فروشنده) به صورت نقد خریداری و به صورت بیع مرابحه‌ی نسبه به قیمت بالاتر به بانی می‌فروشد. بانی متعهد می‌شود که در سررسید مشخص، قیمت نسبه کالا را از طریق شرکت تأمین سرمایه به دارندگان اوراق برساند. دارندگان اوراق می‌توانند تا سررسید منتظر بمانند و از سود نهایی مرابحه استفاده کنند و یا قبل از سررسید اوراق خود را در بازار ثانوی به فروش برسانند.^۲

۱- حسن بن محمد تقی الجواهری، بحوث فی الفقه المعاصر، ج نخست، (بیروت: دار الذخائر، بی‌تا، ۱۴۰۶ق)، ج ۲، ص ۱۳۲؛ عبدالرزاق رحیم جدی الهیتی، المصارف الاسلامیه بین النظریه والتطبیق، الطبعة الاولى، (عمان: داراسامه للنشر و التوزیع، ۱۹۹۸م)، ص ۵۰۹؛ الشهید زین‌الدین الجیمی العاملی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، الطبعة السابعة، (قم: انتشارات مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۲ش)، ج ۱، ص ۳۱۷؛ السید محمدصادق الحسینی الروحانی، فقه الصادق، ج ششم، (قم: دارالکتاب، ۱۴۱۳ق)، ج ۱۸، ص ۲۹۸.

۲- صورتجلسات کمیته تخصصی فقهی بورس اوراق بهادار، جلسه شماره ۴۳، مورخ ۸/۲/۸۹.

برای مثال، فرض کنید که دولت برای ارتقای سطح حمل و نقل عمومی، نیاز به خرید ۱۰۰۰ واحد اتوبوس به ارزش ۱۰۰۰ میلیارد ریال دارد و به جهت محدودیت بودجه نمی‌تواند قیمت آنها را نقد بپردازد، اما می‌تواند به صورت نسبه یک ساله به ۱۲۰۰ میلیارد ریال خریداری کند؛ در این فرض، اقدام به تأسیس یک مؤسسه واسط می‌کند. واسط اوراق مرابحه‌ای به ارزش اسمی ۱۲۰۰ میلیارد ریال (برای مثال، یک میلیون ورق یک میلیون و دویست هزار ریالی) منتشر کرده و در مقابل، ۱۰۲۰ میلیارد ریال (هر ورق یک میلیون و دویست هزار ریالی را به یک میلیون و بیست هزار ریال) از طریق شرکت تأمین سرمایه به مردم واگذار می‌کند، سپس ۲۰ میلیارد ریال آن را به عنوان هزینه عملیات استفاده می‌کند و با ۱۰۰۰ میلیارد ریال، ۱۰۰۰ واحد اتوبوس خریداری کرده و به قیمت ۱۲۰۰ میلیارد ریال به دولت می‌فروشد.^۱

از حیث قانون‌گذاری قلمرو این تحقیق مربوط می‌شود به بررسی قوانین سالهای ۷۶ به بعد و عمدتاً سال ۸۴ و ۹۰ و از حیث مکانی نیز عمدتاً مورد مطالعه کشور ایران است، و در برخی موارد نیز بررسی حقوق مالزی، که در این عرصه پیش‌گام است صورت گرفته است.

در همین خصوص سوالات زیر قابل طرح و امان نظر می‌باشد.

۱- ماهیت حقوقی اوراق مرابحه چیست؟ مبانی فقهی، حقوقی اعتبار آنها چیست؟

۲- آیا شبهه ربوی بودن در این اوراق با توجه به اینکه دارای سود تضمینی هستند وجود دارد؟

۳- مکانیسم انتقال این اوراق به چه صورت است و معامله حقوقی اوراق مرابحه در عرضه اولیه و عرضه ثانویه به کدام یک از تاسیسات سنتی حقوق نزدیکتر می‌باشد؟

۱ - سید عباس موسویان، "صکوک مرابحه ابزار مالی مناسب برای بازار پول و سرمایه اسلامی" دو فصلنامه جستارهای اقتصادی، شماره ۱۱، تابستان ۸۸، ص ۲۸.

۴- ارکان اوراق مرابحه کدام است؟ حقوق و تکالیف هر یک از طرفین آن چگونه است؟

۵- نهاد ضمانت در این اوراق به شکل نقل ذمه یا ضم ذمه است؟ فرضیات ما در خصوص موضوع مطروحه در بدو ورود به تحقیق به شرح زیر است:

- اوراق مرابحه در قالب عقد به وجود می‌آیند، و شبیه بیع مرابحه در فقه اسلامی می‌باشند منتها با این تفاوت که در انواع مختلف اوراق مرابحه نهاد واسط وجود دارد. که واسطه بین خریدار (بانی) و فروشنده است.

- از آنجایی که مقرر قانونی جهت شیوه انتقال این اوراق پیش‌بینی نشده و با توجه به اینکه طبق دستورالعمل انتشار این اوراق، قابلیت انتقال را دارا می‌باشند، و انتقال آنها تابع قواعد عمومی انتقال اوراق با نام است. و در عرضه اولیه مشابه تاسیس پذیره نویسی بوده و در عرضه ثانویه مشابه خرید و فروش دین یا فروش مالکیت مشاع در دارایی می‌باشد.

- مکانیسم اوراق بر مبنای خرید دارایی و فروش مرابحه‌ایی است و قرض ربوی تلقی نمی‌گردد.

- ارکان اوراق مرابحه عبارتند از بانی، نهاد واسط و خریداران که بین نهاد واسط و خریداران رابطه وکیل و موکل ایجاد می‌شود، که متعلق وکالت، خرید دارایی موضوع اوراق به صورت نقد و فروش اقساطی آن به بانی می‌باشد و شخص بانی نیز ملزم به پرداخت اقساط بهای دارایی و سایر وجوه به نهاد واسط می‌باشد.

- نهاد ضمانت در این اوراق به نظر نه ماهیت ضم ذمه دارد نه نقل ذمه. بلکه ماهیتی مانند الزام به تادیه دارد که امروزه به آرامی در حال نفوذ به سیستم فقهی، حقوقی می‌باشد.

از جمله اهداف این تحقیق با عنایت به این موضوع که سازوکار این اوراق در بازار اولیه مبتنی بر بیع مرابحه و در بازار ثانویه مبتنی بر بیع دین است، تبیین دقیق جنبه‌های مختلف فقهی این اوراق و سازگاری ساختار این اوراق با فقه امامیه و حقوق ایران می‌باشد خصوصا در مواردی که مقررات به خوبی

تدوین نشده است. و از کاربردهایی آن می‌توان به مسائل مرتبط با بورس اشاره نمود و همچنین استفاده از آن در امر بانکداری اسلامی، خصوصا در انجام طرح‌های کلان اقتصادی که نیازمند سرمایه‌های بسیار زیاد است اشاره نمود.

در خصوص موضوع کتاب پیش رو پس از جستجو و با لحاظ این مطلب که از عمر حقوقی این اوراق اندک زمانی بیش نمی‌گذرد، هیچ کتاب یا پایان نامه‌ای در این زمینه یافت نشد و صرفا یک مقاله با عنوان «صکوک مرابحه ابزار مالی مناسب برای بازار پول و سرمایه اسلامی» وجود دارد که بیشتر با نگاهی اقتصادی به تحلیل اوراق مرابحه پرداخته تا رویکردی فقهی حقوقی و مربوط به قبل از انتشار دستور العمل انتشار اوراق مرابحه می‌باشد.

با توجه به نو بودن اوراق مرابحه در نظام حقوقی ما بحث و تحلیل موارد مرتبط با این اوراق، از جمله شرایط انتشار، انتقال و بررسی ماهیت حقوقی آن امری گریز ناپذیر می‌باشد. از این نظر روند قانون‌گذاری این اوراق، به سان طفلی نوپا می‌ماند چرا که دستور العمل انتشار آن در تاریخ ۹۰/۹/۲۶ به تصویب هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار رسیده است و لاجرم هنوز نیازمند تحلیل و توجیه مبانی فقهی، حقوقی خود می‌باشد و به صرف تدوین قانون آن، از این مهم بی‌نیاز نمی‌شویم. مخصوصا بررسی موادی از جمله بند ۹ ماده ۱ دستور العمل فوق الذکر که تعیین میزان سود را مجاز شمرده، شائبه ربوی بودن این اوراق را بر می‌انگیزد. با توجه به جدید بودن کاربرد این اوراق در بازار سرمایه و بازار پولی ایران پژوهشی جامع درباره ماهیت و کارکرد خود این اوراق و ماهیت رابطه حقوقی منشاء صدور آن و تبیین حقوق و تکالیف اطراف آن می‌تواند از لحاظ نظری سودمند و حاوی نتایج ارزشمندی از لحاظ کاربردی باشد.

در خصوص موضوع مورد بحث از جمله مشکلاتی که با آن مواجهه بودیم کمبود منابع داخلی و خارجی است چرا که این اوراق در ایران بسیار نوپا بوده و در حقوق خارجی صرفا در بعضی از کشورهای اسلامی از آن استفاده می‌گردد؛ که بعضا هم به علت تفاوت مبنایی در احادیث روایی و تفاوت دیدگاه فقهی در حقوق ایران قابل استفاده نبودند. علاوه بر این، مشکل دیگری که با آن مواجه

بودیم نبود یک قانون دقیق و جامع در این زمینه است که همین امر باعث گردید در برخی موارد که مقرره‌ایی ناقص است یا اساسا در آن باب ماده قانونی وضع نشده است از مقررات سایر اوراق که شباهت مبنایی با اوراق مرابحه دارند استفاده گردد.

تحقیق پیش رو در سه فصل تدوین یافته است. علت اینکه فصل اول تحت عنوان کلیات بیان گردیده این واقعیت است که جهت ورود به بحث ماهوی تحقیق، نیاز است یکسری اطلاعات در این زمینه در ذهن ایجاد گردد؛ که بدون این اطلاعات نمی‌توان به تحلیل مباحث پرداخت. از آنجایی که هدف اصلی و عمده این تحقیق تبیین ماهیت فقهی، حقوقی این اوراق و معاملات آن است فصل دوم تحت عنوان «تحلیل فقهی، حقوق ماهیت اوراق مرابحه و معاملات راجع به آنها»، در دو گفتار مجزا به تحلیل مباحث در بازار اولیه و ثانویه می‌پردازد. نیاز به آگاهی از احکام و آثار حقوقی مترتب بر انتشار اوراق مرابحه این ضرورت را ایجاد کرد تا فصل سوم هم تحت عنوان احکام و آثار، در دو گفتار مجزا با عناوین احکام و آثار اوراق مرابحه به رشته تحریر درآید، که در گفتار مربوط به احکام ویژگی‌های این اوراق، شرایط انتشار و احکام اختصاصی بیع مرابحه مورد بررسی واقع شد و در گفتار دوم نیز آثار اوراق مرابحه از جمله آثار خود عقد مرابحه، حقوق و تکالیف دراندگان و سایر ارکان اوراق مرابحه بیان گردید. شیوه تحقیق با توجه به اینکه هنوز عملا این اوراق وارد بازار سرمایه نشده است مبتنی بر روش کتابخانه‌ایی و تحلیلی است.