

۲۵۷۲۶



# دانشگاه تربیت مدرس

دانشکده علوم انسانی

پایان نامه کارشناسی ارشد

حقوق خصوصی

**احکام و آثار اوراق قرضه و اوراق مشارکت در شرکتهای سهامی**

نگارش:

**حجت الله عسگری**

استاد راهنما:

**دکتر محمد عیسی تفرشی**

استاد مشاور:

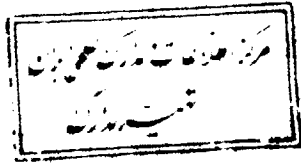
**دکتر محمد حسن صادقی مقدم**

۱۳۷۷

۳۵۰۸/۲

۲۵۷۲۶

۱۳۷۸ / ۲ / ۲۵



تائیدیه اعضای هیأت داوران حاضر در جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

اعضای هیئت داوان نسخه نهائی پایان نامه آقای حجت الله عسگری .....

تحت عنوان احکام و آثار اوراق قرضه و اوراق مشارکت در شرکتهای سهامی .....

را از نظر فرم و محتوی بررسی نموده و پذیرش آنرا برای تکمیل درجه کارشناسی ارشد  
پیشنهاد می کنند.

اعضای هیأت داوران	نام و نام خانوادگی	رتبه علمی	امضاء
-------------------	--------------------	-----------	-------

۱- استاد راهنما دکتر محمد عیسی تفرشی استادیار

۲- استاد مشاور دکتر محمد حسن صادقی مقدم استادیار

۳- نماینده شورای

تحصیلات تکمیلی دکتر محمد عیسی تفرشی استادیار

۴- استاد ممتحن دکتر حسن ره پیک استادیار

۵- استاد ممتحن دکتر سید مرتضی قاسم زاده استادیار



بسمه تعالی

## آیین نامه چاپ پایان نامه (رساله) های دانشجویان دانشگاه تربیت مدرس

نظر به اینکه چاپ و انتشار پایان نامه (رساله) های تحصیلی دانشجویان دانشگاه تربیت مدرس مبین بخشی از فعالیت های علمی - پژوهشی دانشگاه است بنابراین به منظور آگاهی و رعایت حقوق دانشگاه، دانش آموختگان این دانشگاه نسبت به رعایت موارد ذیل متعهد می شوند:

ماده ۱ در صورت اقدام به چاپ پایان نامه (رساله) ی خود، مراتب را قبلاً به طور کتبی به مرکز نشر دانشگاه اطلاع دهد.

ماده ۲ در صفحه سوم کتاب (پس از برگ شناسنامه)، عبارت ذیل را چاپ کند:

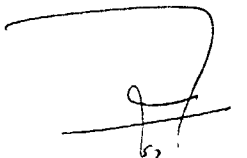
«کتاب حاضر، حاصل پایان نامه کارشناسی ارشد / رساله دکتری نگارنده در رشته  
که در سال در دانشکده دانشگاه تربیت مدرس به راهنمایی سرکار خانم / جناب  
آقای دکتر و مشاوره سرکار خانم / جناب آقای دکتر از آن دفاع شده  
است.»

ماده ۳ به منظور جبران بخشی از هزینه های نشریات دانشگاه تعداد یک درصد شمارگان کتاب (در هر نوبت چاپ) را به مرکز نشر دانشگاه اهدا کند دانشگاه می تواند مازاد نیاز خود را به نفع مرکز نشر در معرض فروش قرار دهد.

ماده ۴ در صورت عدم رعایت ماده ۳، ۵۰٪ بهای شمارگان چاپ شده را به عنوان خسارت به دانشگاه تربیت مدرس، تأدیه کند.

ماده ۵ دانشجو تعهد و قبول می کند در صورت خودداری از پرداخت بهای خسارت، دانشگاه می تواند خسارت مذکور را از طریق مراجع قضایی مطالبه و وصول کند؛ به علاوه به دانشگاه حق می دهد به منظور استیفای حقوق خود، از طریق دادگاه، معادل وجه مذکور در ماده ۴ را از محل توقیف کتابهای عرضه شده نگارنده برای فروش، تأمین نماید.

ماده ۶ اینجانب حجت الله عسگری دانشجوی رشته حقوق خصوصی مقطع کارشناسی ارشد تعهد فوق و ضمانت اجرایی آن را قبول کرده، به آن ملتزم می شوم.



عسگری

تقدیم به:

پدرم که به من درس صداقت و زندگی آموخت.

و

مادرم که همه چیزم مدیون زحمات او است.

و

همسر مهربانم که در مدت انجام این پایان نامه و تمام جهات

زندگیم صبورانه مرا یاری کرده است.

## تشکر و قدردانی

سپاس فراوان نثار محضر استاد فرزانه جناب آقای دکتر محمد عیسی تفرشی

که مرا در دوران تحصیل و تهیه و تدوین این پایان نامه راهنمایی و هدایت کردند.

و با تشکر از استاد ارجمند جناب آقای دکتر محمد حسن صادقی مقدم که با

سعه صدر مشاوره این پایان نامه را بر عهده داشتند.

و با قدردانی از جناب حجة الاسلام آقای دکتر سیده مصطفی محقق داماد مدیر

محترم گروه حقوق که در دوران تحصیل از راهنمایی هایشان بهره مند بوده ام.

## چکیده:

بخشی از نیازهای مالی دولت، شرکت‌های دولتی، شهرداریها، مؤسسات عمومی غیردولتی، شرکتهای سهامی عام و خاص و شرکتهای تعاونی تولیدی می‌تواند از طریق استقراض از مردم تأمین گردد. برای قرض کردن دولت و شرکتهای سهامی عام تأسیسی به نام اوراق قرضه در قوانین و مقررات قبل از پیروزی انقلاب اسلامی پیش‌بینی شده است. اما از آنجا که انتشار این گونه اوراق متضمن پرداخت و دریافت بهره می‌باشد از مصادیق قرض ربوی است و با اصل چهارم قانون اساسی مبنی بر لزوم تطبیق قوانین با احکام و موازین اسلامی تعارض دارد.

در سالهای اخیر تأسیس جدیدی به نام اوراق مشارکت در قالب عقد شرکت مدنی جانشین اوراق قرضه شده است. اوراق مشارکت ضمن برآورده نمودن نیاز مالی دولت، شرکت‌های دولتی، شهرداریها و مؤسسات عمومی غیردولتی، شرکتهای سهامی عام و خاص و شرکتهای تعاونی تولیدی در مقایسه با اوراق قرضه مزایای بیشتری برای دارندگان آن دارد.

اصولاً به لحاظ ماهیت حقوقی متفاوت این دو نوع ورقه، احکام و آثار جداگانه‌ای بر هر یک مترتب است. ماهیت حقوقی اوراق قرضه در قالب عقد قرض تحلیل می‌شود اما ماهیت حقوقی اوراق مشارکت در قالب شرکت مدنی قابل تحلیل است. به علاوه مصادیق اشخاصی که مجاز به انتشار اوراق مشارکت هستند بسیار بیشتر از اشخاصی است که مجاز به انتشار اوراق قرضه می‌باشند.

کلمات کلیدی: اوراق قرضه - اوراق مشارکت.

## فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه.....	۱
<b>فصل اول - احکام و آثار اوراق قرضه در شرکتهای سهامی</b>	
۱-۱- کلیات.....	۶
۱-۱-۱- تاریخچه انتشار اوراق قرضه در ایران.....	۶
۱-۱-۱-۱- اوراق قرضه دولتی.....	۶
۱-۱-۱-۱-۱- اوراق قرضه غیردولتی.....	۱۰
۱-۱-۱-۲- تعریف ورقه قرضه.....	۱۰
۱-۱-۱-۳- عناصر تشکیل دهنده ورقه قرضه.....	۱۱
۱-۱-۱-۴- ماهیت حقوقی ورقه قرضه.....	۱۲
۱-۱-۱-۵- تفاوت ورقه قرضه با عقد قرض.....	۱۴
۱-۱-۱-۶- انواع اوراق قرضه.....	۱۷
۱-۱-۱-۶-۱- اوراق قرضه با نام و بی نام.....	۱۷
۱-۱-۱-۶-۲- اوراق قرضه قابل بازخرید و غیرقابل بازخرید.....	۱۸
۱-۱-۱-۶-۳- اوراق قرضه تضمین شده و بدون تضمین.....	۱۸
۱-۱-۱-۶-۴- اوراق قرضه قابل تبدیل و تعویض با سهام شرکت و غیرقابل تعویض و تبدیل.....	۱۹

## الف



## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۲۰	۱-۱-۷- تفاوت ورقه قرضه با سهم
۲۲	۱-۱-۸- حقوق صاحبان اوراق قرضه
۲۲	۱-۱-۸-۱- حق دریافت بهره
۲۲	۱-۱-۸-۲- حق دریافت مبلغ اسمی ورقه قرضه
۲۲	۱-۱-۸-۳- حق تبدیل ورقه قرضه به سهام شرکت
۲۳	۱-۱-۸-۴- حق تعویض ورقه قرضه با سهام شرکت
۲۴	۱-۲- شرایط و تشریفات انتشار اوراق قرضه
۲۴	۱-۲-۱- شرایط ماهوی انتشار اوراق قرضه
۲۶	۱-۲-۲- شرایط شکلی اوراق قرضه
۲۷	۱-۲-۳- تشریفات انتشار ورقه قرضه
۲۹	۱-۳- مقررات جزایی راجع به اوراق قرضه
۳۰	۱-۴- اعتبار شرعی اوراق قرضه
۳۰	۱-۴-۱- قلمرو اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
۳۵	۱-۴-۲- مفهوم ربا
۳۶	۱-۴-۳- انواع ربا
۳۶	۱-۴-۳-۱- ربای معاملی
۳۷	۱-۴-۳-۲- ربای فرضی

## فهرست مطالب

عنوان	صفحه
۴-۴-۱- تقسیم‌بندی فرض.....	۳۹
۱-۴-۴-۱- فرض مصرفی.....	۳۹
۲-۴-۴-۱- فرض تولیدی (تجاری).....	۳۹
۵-۴-۱- قلمرو حرمت ربا.....	۴۱
۱-۵-۴-۱- اطلاق حرمت ربا.....	۴۲
۲-۵-۴-۱- اختصاص ربا به فرض‌های مصرفی.....	۴۴
۶-۴-۱- نتیجه بحث.....	۴۴

## فصل دوم - احکام و آثار و اوراق مشارکت

۱-۲- کلیات.....	۴۷
۱-۱-۲- سابقه و مستندات قانونی اوراق مشارکت.....	۴۷
۲-۱-۲- تعریف اوراق مشارکت.....	۵۲
۳-۱-۲- بررسی نکات و اصطلاحات مذکور در تعریف اوراق مشارکت.....	۵۲
۱-۳-۱-۲- اوراق بهادار.....	۵۲
۲-۳-۱-۲- بانام و یا بی‌نام بودن اوراق مشارکت.....	۵۳
۳-۳-۱-۲- طرح‌های که برای اجرای آنها انتشار اوراق مشارکت مجاز است.....	۵۳

## ج

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۵۴	۲-۱-۳-۴- مشارکت در سود
۵۴	۲-۱-۳-۵- بورس اوراق بهادار
۵۵	۲-۱-۴- امتیازات اوراق مشارکت
۵۵	۲-۱-۴-۱- تضمین بازپرداخت اصل سرمایه و سود علی الحساب
۵۵	۲-۱-۴-۲- منتفع شدن از سود تحقق یافته
۵۵	۲-۱-۴-۳- مصون بودن اصل سرمایه از ضرر
۵۶	۲-۱-۴-۴- قابل نقل و انتقال بودن اوراق مشارکت
۵۶	۲-۱-۴-۵- قابل تبدیل یا تعویض بودن با سهام
۵۷	۲-۱-۴-۶- معافیت معاملات اوراق مشارکت از پرداخت مالیات
۵۷	۲-۱-۴-۷- حق تقدم در خرید سهام
۵۸	۲-۱-۴-۸- ربوی نبودن سود متعلق به این اوراق
۵۹	۲-۲- شرایط انتشار اوراق مشارکت
۵۹	۲-۲-۱- شرایط انتشار اوراق مشارکت توسط دولت
۵۹	۲-۲-۱-۱- طرح اجرایی باید عمرانی - انتفاعی باشد
۵۹	۲-۲-۱-۲- رعایت میزان و سقف انتشار اوراق مشارکت
۶۰	۲-۲-۱-۳- تضمین بازپرداخت اصل سرمایه و سود علی الحساب
۶۰	۲-۲-۱-۴- نظارت امین

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۶۰	۲-۲-۱-۵- عدم مصرف وجوه حاصله در غیر اجرای طرح مربوط
۶۱	۲-۲-۲- شرایط انتشار اوراق مشارکت توسط سایر اشخاص حقوقی
۶۱	۲-۲-۲-۱- سودآور بودن طرح
۶۱	۲-۲-۲-۲- توجیه فنی - اقتصادی و مالی طرح
۶۱	۲-۲-۲-۳- تضمین و تعهد به بازپرداخت اصل و سود علی الحساب
۶۲	۲-۲-۲-۴- رعایت میزان انتشار اوراق مشارکت
۶۲	۲-۲-۲-۵- تصوب مجمع عمومی یا شورای عالی شرکتهای دولتی
۶۳	۲-۳- اشخاصی که مجاز به انتشار اوراق مشارکت هستند
۶۳	۲-۳-۱- دولت
۶۳	۲-۳-۲- شرکتهای دولتی
۶۴	۲-۳-۳- شهرداریها، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و شرکتهای وابسته به آنها
۶۶	۲-۳-۴- مؤسسات عام المنفعه و شرکتهای وابسته به آنها
۶۶	۲-۳-۵- شرکتهای سهامی عام و خاص
۶۷	۲-۳-۶- شرکتهای تعاونی تولیدی
۶۸	۲-۳-۷- نتیجه بحث
۶۹	۲-۴- ماهیت حقوقی اوراق مشارکت
۷۰	۲-۴-۱- تمییز قرارداد واگذاری اوراق مشارکت از سایر عقود

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۷۱	۲-۴-۱-۱- قرارداد واگذاری اوراق مشارکت و بیع
۷۳	۲-۴-۱-۲- قرارداد اوراق مشارکت و مضاربه
۷۹	۲-۴-۱-۳- قرارداد اوراق مشارکت و جعاله
۸۰	۲-۴-۱-۴- قرارداد اوراق مشارکت و شرکت مدنی
۸۸	۲-۵- تفاوت اوراق مشارکت با اوراق قرضه
۸۸	۲-۵-۱- تفاوت در اشخاصی که حق انتشار این گونه اوراق را دارند
۸۹	۲-۵-۲- تفاوت در سود متعلق به این اوراق و تضمین پرداخت سود
۸۹	۲-۵-۳- تفاوت در شرایط انتشار
۹۰	۲-۵-۴- تفاوت در ماهیت حقوقی
۹۲	<b>نتیجه گیری</b>
۹۴	<b>پیشنهادات</b>
۹۶	<b>فهرست منابع و مأخذ</b>
۱۰۰	<b>چکیده انگلیسی</b>

## مقدمه

از دیرباز در بین اقوام و ملل مختلف مسأله استقراض مطرح بوده و هست. در گذشته، بیشتر افراد مستمند و نیازمند که برای رفع نیازهای خود در تنگنا بسر می‌بردند. دست کمک و یاری به سوی توانگران و ثروتمندان دراز می‌کردند. و قرض دادن به عنوان یک وسیله تعاون اجتماعی و دستگیری از نیازمندان، از سوی افراد جامعه و مراکز مذهبی مورد تشویق و ستایش قرار می‌گرفت. ثروتمندان، از این موقعیت سوء استفاده نموده و نیاز و حاجت مستمندان را وسیله‌ای برای کسب درآمد قرار دادند بدین معنا که در مقابل مبلغی که قرض می‌دادند مبلغی بیشتر را مطالبه می‌کردند و بدینسان مسأله «ریا» مطرح شد.

با ظهور دین اسلام، با این پدیده شوم اجتماعی به شدت برخورد شد، از قرض به عنوان یک عمل نیک مورد ستایش و از ربا و رباخواری به عنوان جنگ با خدا و رسول اکرم (ص) مورد نکوهش قرار گرفت.

اما با تحول اقتصادی که در جوامع پدید آمد، دیگر فقط نیازمندان نبودند که خواهان قرض بودند بلکه سرمایه‌داران و تولیدکنندگان برای گسترش و توسعه فعالیت خود و دست یافتن به سود بیشتر خواهان قرض شدند.

دولت‌ها نیز در مواقع بحرانی برای رفع مشکلات اقتصادی و مالی استقراض از مردم را راه مناسبی دیدند.

در ایران استقراض دولت از مردم به سال ۱۳۳۰، دوران دولت دکتر محمد مصدق بر می‌گردد. دولت وقت که با تحریم بیگانگان روبرو شده بود چاره را در استقراض از مردم دید و بدین وسیله استقراض دولت، از آن به بعد معمول و متداول شد و برای تشویق مردم به قرض دادن، بهره‌ای به آنان پرداخت

می‌شد. این نوع قرض که همراه با بهره مقطوع و از پیش تعیین شده بود قرضه دولتی و برگه‌ای که در مقابل قرض به قرض دهندگان داده می‌شد ورقه قرضه نام گرفت. همانطوری که از نام اوراق قرضه دولتی پیداست فقط دولت مجاز به انتشار این گونه اوراق بود.

در لایحه قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، به شرکت‌های سهامی عام اجازه داده شد که برای تأمین منابع مالی مورد نیاز طبق شرایط و ضوابطی که مقنن پیش‌بینی کرده بود، اوراق قرضه منتشر نمایند به عبارت دیگر از میان شرکت‌های تجاری و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی فقط شرکت‌های سهامی عام مجاز به انتشار اوراق قرضه بودند.

اما این اوراق به دلایل مختلفی از جمله:

۱- عدم اعتماد مردم به شرکت‌ها و ناآگاهی آنان از وجود چنین مقرراتی که حاضر نبودند سرمایه خویش را در معرض خطر قرار دهند به خصوص استفاده از چنین ابزاری در ایران حداقل توسط بخش خصوصی بی سابقه بود.

۲- شرکتها منابع مالی مورد نیاز خویش را از طریق بانک‌ها به صورت وام به آسانی تأمین می‌نمودند و با وجود چنین منبع سهل‌الوصولی نیازی به انتشار اوراق قرضه احساس نمی‌کردند.

عملاً مورد استفاده شرکت‌های سهامی عام واقع نشد و با کسب اطلاع از اداره ثبت شرکتها مشخص گردید هیچ شرکتی (حداقل تا آنجا که نگارنده تحقیق نمود) دست به انتشار این اوراق نزده است.

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، مطرح شدن بهره‌ناشی از این اوراق به عنوان ربا از یک طرف و لزوم تطبیق قوانین با موازین اسلامی (اصل چهارم قانون اساسی) از طرف دیگر، انتشار این اوراق به شدت مورد تردید واقع شد. مجموعه عوامل یاد شده باعث شدند مقررات مربوط به این اوراق (موضوع موارد ۵) به بعد لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷) به عنوان یک قانون متروک در آید.

باتوجه به نیاز کشور به سرمایه‌های بزرگ برای توسعه خصوصاً در ایام بازسازی بعد از جنگ و عدم وجود چنین سرمایه‌های انبوهی و همچنین عدم وجود ابزار قانونی لازم برای جمع‌آوری این گونه سرمایه‌ها در کشور، شورای عالی پول و اعتبار در سال ۱۳۷۳ طی دستورالعملی، مجوز انتشار اوراق مشارکت را صادر کرد.

نیاز شدید اشخاص حقوقی حقوق عمومی و اشخاص حقوقی خصوصی به سرمایه از یک طرف و جامع نبودن دستورالعمل شورای پول و اعتبار از طرف دیگر مقنن را بر آن داشت تا در سال ۱۳۷۶، قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت را تصویب نماید. جدید بودن این مکانیسم که نیاز به بررسی و تحقیق بیشتری دارد، و وجود ابهاماتی در احکام و آثار این اوراق، انگیزه انتخاب موضوع این پایان‌نامه بوده است.

مسائل اصلی مطرح در این راستا عبارت است از؛

- ۱- آیا انتشار اوراق قرضه موضوع مواد ۵۱ به بعد لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ مخالف موازین شرعی و اصل چهارم است؟
- ۲- ماهیت حقوقی اوراق مشارکت چیست؟
- ۳- آیا اوراق مشارکت قابل استفاده برای اشخاص حقوقی خصوصی مخصوصاً شرکتهای تجاری می‌باشد یا نه؟

در جواب به سئوالات یاد شده فرضیه‌های زیر مطرح است:

فرضیه اول: اوراق قرضه، قرض ربوی بوده و از لحاظ شرعی مردود است.

فرضیه دوم: اوراق مشارکت در قالب شرکت مدنی توجیه پذیر است.

فرضیه سوم: انتشار اوراق مشارکت از طرف شرکتهای تجاری نیز با اصلاح پاره‌ای اصلاحات قانونی



امکان پذیر است.

هدف اصلی از انجام این تحقیق، این است که ماهیت حقوقی اوراق قرضه و ایرادات وارد بر آن همچنین ماهیت حقوق اوراق مشارکت روشن شود و با تطبیق آنها با موازین شرعی، راه حل مناسب انتخاب و تعیین شود. با انجام این تحقیق به مردم که صاحبان سرمایه‌های کوچک هستند، اطمینان بیشتری داده می‌شود نه تنها هیچ خطری سرمایه آنها را تهدید نمی‌کند، بلکه علاوه بر منتفع شدن از سود مادی، در توسعه و پیشرفت کشور نیز مشارکت و سهم می‌گردند.

روش تحقیق در این پایان‌نامه به صورت کتابخانه‌ای و از طریق فیش برداری بوده است.

در مورد سابقه تحقیق در خصوص موضوع پایان‌نامه می‌توان گفت در کتب حقوق تجارت در بحث شرکت‌های سهامی، اشاره‌ای مختصر به اوراق قرضه نیز شده است اما در مورد اوراق مشارکت به علت جدید بودن این نوع تأسیس در نظام حقوقی و اقتصادی کشور ما، تاکنون هیچ گونه تحقیقی صورت نگرفته است.

این تحقیق می‌تواند مورد استفاده دولت مخصوصاً وزارتخانه‌های که مبادرت به صدور اوراق مشارکت می‌نمایند همچنین سایر اشخاص حقوقی که مجاز به انتشار اوراق مشارکت هستند، قرار گیرد. و موجب تشویق آحاد مردم (سرمایه‌گذاران کوچک و پراکنده) به مشارکت و سرمایه‌گذاری در طرح‌های عظیم در قالب اوراق مشارکت می‌گردد.

این پایان‌نامه در دو فصل تنظیم شده، در فصل یکم احکام و آثار اوراق قرضه و در فصل دوم اوراق مشارکت مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

# فصل اول

## احکام و آثار اوراق قرضه در شرکتهای سهامی

## ۱-۱- کلیات

### ۱-۱-۱- تاریخچه انتشار اوراق قرضه در ایران

در مورد تاریخچه انتشار اوراق قرضه در ایران باید اوراق قرضه دولتی را از اوراق قرضه غیردولتی تفکیک کرد:

#### ۱-۱-۱-۱- اوراق قرضه دولتی

##### الف - قبل از پیروزی انقلاب اسلامی

در ایران برای اولین بار در سال ۱۳۳۰ هجری - شمسی، دولت دکتر مصدق که با بحران و کمبود منابع مالی روبرو شده بود<sup>(۱)</sup>، برای تأمین منابع مالی مورد نیاز خود دست به انتشار اوراق قرضه زد.<sup>(۲)</sup> همچنین به موجب تبصره (۳۳)<sup>(۳)</sup> قانون بودجه سال ۱۳۴۶ کل کشور به وزارت دارایی اجازه داده شد که نسبت به انتشار اوراق قرضه، اقدام نماید.

به موجب قانون انتشار اوراق قرضه کشاورزی مصوب ۱۳۴۶<sup>(۴)</sup>، به بانک کشاورزی اجازه داده شده

- 
- ۱- علی، جانزاده، کتاب مصدق، چاپ اول، تهران، انتشار همگام، ۱۳۵۸، صص ۱۲۵-۱۲۶.
  - ۲- قانون انتشار اوراق قرضه در مردادماه سال ۱۳۳۰، در یک ماده واحده و هفت تبصره به تصویب مجلسین وقت رسید. (روزنامه رسمی ۱۹۰۹ - ۱۳۳۰/۶/۷، مجموعه قوانین روزنامه رسمی سال ۱۳۳۰ ص ۲۶).
  - ۳- روزنامه رسمی ۶۴۴۷ - ۱۳۴۶/۱/۲۱، مجموعه قوانین روزنامه رسمی سال ۱۳۴۵، ص ۶۶۴.
  - ۴- روزنامه رسمی ۶۵۳۸ - ۱۳۴۶/۵/۸، مجموعه قوانین روزنامه رسمی سال ۱۳۴۶، ص ۹۷.

جهت احتیاجات اعتبار امور کشاورزی و عمرانی حداکثر سه میلیارد ریال اوراق قرضه منتشر نماید. تا اینکه در سال ۱۳۴۸ قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه<sup>(۱)</sup> به تصویب رسید و هیأت وزیران نیز به موجب تصویب نامه شماره ۲۴۵۰۶ مورخ ۱۳۴۸/۷/۱۲ آئین نامه اجرایی قانون مذکور را تنظیم و اعلام نمود. همچنین به موجب بند (۲) ماده (۱) قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مصوب ۲۷ اردیبهشت ۱۳۴۵، از اوراق قرضه صادر شده توسط شرکتها و شهرداریها و مؤسسات وابسته به دولت، به عنوان یکی از اقسام اوراق بهادار نام برده است و این اوراق قابل معامله و نقل و انتقال هستند.<sup>(۲)</sup>

#### ب - بعد از پیروزی انقلاب اسلامی

شورای انقلاب در جلسه ۵۸/۹/۱۳، لایحه قانونی راجع به انتشار اوراق قرضه را تصویب نمود<sup>(۳)</sup>. به موجب این لایحه قانونی به دولت اجازه داده می شود تا مبلغ ۳۵۰ میلیارد ریال اوراق قرضه بدون بهره بابت مطالبات بانک مرکزی، منتشر نماید.

هیأت وزیران در جلسه مورخه ۱۳۷۳/۹/۱۷ بنا به پیشنهاد شماره ۳۳۱۴/ه مورخ ۱۳۷۳/۸/۲۸ بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و موافقت وزارت امور اقتصادی و دارایی و به استناد ماده (۱۲) قانون «انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه مصوب ۱۳۴۸» تصویب نمود که:

«به وزارت امور اقتصادی و دارایی اجازه داده می شود به منظور بازپرداخت اصل و جایزه اوراق قرضه جدید با رعایت ضوابط مربوط و ترتیبات قبلی اقدام نماید».<sup>(۴)</sup>

۱- روزنامه رسمی ۷۱۹۳ - ۱۳۴۸/۷/۲۳، مجموعه قوانین روزنامه رسمی سال ۱۳۴۸، ص ۳۹۲.

۲- روزنامه رسمی شماره ۲۴۷ مورخ ۱۳۴۵/۵/۱۱.

۳- روزنامه رسمی شماره ۱۰۱۷۹ - ۱۳۵۸/۱۱/۱۱ (مجموعه قوانین سال ۵۸، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۳۸۰).

۴- روزنامه رسمی شماره ۱۵۴۹۷ مورخ ۷۷/۲/۲۴.

ظاهراً این تصویب نامه در راستای اجرای قسمت اخیر اصل (۸۵) و اصل (۱۳۸) قانون اساسی<sup>(۱)</sup> به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی می‌رسد تا در صورتیکه نامبرده مصوبه فوق را برخلاف قوانین بیابد به استناد قسمت اخیر اصل (۱۳۸) قانون اساسی آنرا با ذکر دلیل برای تجدید نظر به هیأت وزیران بفرستد.

اما ریاست محترم مجلس شورای اسلامی طی نامه شماره ۸۷۲/هـ مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۱۵ موضوع را به شورای نگهبان منعکس نموده است و شورای نگهبان در پاسخ نامه مذکور به شرح زیر اعلام نظر نموده است:<sup>(۲)</sup>

«ریاست محترم مجلس شورای اسلامی

عطف به نامه شماره ۸۷۲/هـ مورخ ۷۳/۱۲/۱۵ و پیروهای مربوطه: تصویب نامه هیأت وزیران به شماره ۱۴۶۲۴/ت/۳۶۸ هـ مورخ ۷۳/۱۰/۶ از نظر مغایرت با موازین شرعی در جلسه رسمی مورخ دهم فروردین ماه یکهزار و سیصد و هفتاد و هفت حضرات آقایان فقهای شورای نگهبان مطرح و نظریه شورا را به شرح زیر اعلام می‌شود:

۱- تصویب نامه مذکور چون مستند به ماده ۱۲ قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه مصوب سال ۱۳۴۸ و منوط به رعایت و ضوابط مربوط و ترتیبات مذکور در آن قانون است و آن ماده اخذ بهره برای اوراق قرضه را جایز دانسته است خلاف موازین شرع شناخته شد.

۲- مواد ۶، ۷، ۹، ۱۲، ۲۰، ۲۱، ۲۲، ۲۳، ۲۴، ۲۷ و ۲۸ قانون فوق‌الذکر چون اخذ و پرداخت بهره را بر اوراق قرضه تجویز نموده است خلاف موازین شرع شناخته شده و بدینوسیله به استناد اصل ۴ قانون

---

۱- اصل (۸۵) قانون اساسی: «... علاوه بر این مصوبات دولت نباید مخالف قوانین و مقررات عمومی کشور باشد و به منظور بررسی و اعلام عدم مغایرت آنها با قوانین مزبور باید ضمن ابلاغ برای اجراء به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی برسد.»

اصل (۱۳۸): «... تصویب نامه‌ها و آئین‌نامه‌های دولت و مصوبات کمیسیون‌های مذکور در این اصل ضمن ابلاغ برای اجراء به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی می‌رسد تا در صورتیکه آنها را برخلاف قوانین بیابد با ذکر دلیل برای تجدید نظر به هیأت وزیران بفرستد.»

۲- روزنامه رسمی شماره ۱۵۴۹۷ مورخ ۷۷/۲/۲۴.

اساسی ابطال مواد مذکور اعلام می‌گردد».

در خصوص تصویب نامه فوق‌الذکر هیأت وزیران و سیر ابطال آن نکات زیر قابل توجه است:

- ۱- هیأت وزیران در متن مصوبه به جای کلمه بهره یا سود از کلمه «جایزه» استفاده نموده است.
- ۲- این تصویب نامه در تاریخ ۱۳۷۳/۹/۱۷ به تصویب هیأت وزیران رسیده اما نظر شورای نگهبان علیرغم نامه مورخ ۷۳/۱۲/۱۵ رئیس مجلس شورای اسلامی، در تاریخ ۱۳۷۷/۱/۱۰ اعلام شده است.
- ۳- برابر قسمت اخیر اصل یکصد و سی و هشتم رئیس مجلس موظف است در صورتیکه مصوبه هیأت وزیران را برخلاف قوانین بیابد با ذکر دلیل آنرا برای تجدید نظر به هیأت وزیران بفرستد در حالیکه مصوبه فوق‌الذکر برخلاف قوانین نبوده و از لحاظ تشخیص مغایرت مصوبات هیأت دولت با «شرع» هیچ حق و وظیفه‌ای در اصول قانون اساسی برای رئیس مجلس نیست. و ارجاع آن نیز به شورای نگهبان از جانب نامبرده مستند قانونی ندارد.
- ۴- راه حل قانونی جهت ابطال مصوبه مذکور در اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی پیش‌بینی شده: «قضات دادگاهها مکلفند از اجرای تصویب نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است، خودداری کنند. و هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند»، لذا ریاست مجلس شورای اسلامی مانند هر شهروندی به استناد این اصل می‌بایستی از دیوان عدالت اداری درخواست ابطال مصوبه مذکور را می‌نمود تا همه نهادهای قدرت و تصمیم‌گیر در چارچوب قانون اساسی به وظایف خود عمل نمایند. نه اینکه کوتاهترین راه را در پیش گیرند.

#### ۱-۱-۱-۲- اوراق قرضه غیردولتی<sup>(۱)</sup>

در قانون تجارت ۱۳۱۱ صدور اوراق قرضه پیش‌بینی نشده بود. لیکن در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷<sup>(۲)</sup>، صدور اوراق قرضه توسط شرکتهای سهامی عام تجویز گردید بنابراین در بخش اشخاص حقوقی حقوق خصوصی از جمله شرکتهای هفت‌گانه مندرج در ماده (۲۰) قانون تجارت<sup>(۳)</sup>، فقط شرکتهای سهامی عام به موجب قانون مجاز به انتشار اوراق شدند.

#### ۱-۱-۲- تعریف ورقه قرضه

از لحاظ لغوی ورقه قرضه کلمه‌ایست مرکب از دو کلمه عربی «ورقه» و «قرضه» معنای ورقه همان برگ است و قرضه نیز اشاره به قرض دارد<sup>(۴)</sup>. لذا معنای اصطلاحی آن از معنای لغوی دور نیست. اوراق قرضه از لحاظ شکل متحدالشکل بوده و مندرجات آن اغلب مانند سهام شرکتهاست. در حقوق تجارت ورقه قرضه یکی از انواع اوراق بهادار<sup>(۵)</sup> قابل معامله‌ایست که معرف مبلغی وام است با بهره معین که تمام یا اجزاء آن در موعد یا مواعد معینی باید مسترد گردد. برای ورقه قرضه ممکن است

۱- ماده ۴۰ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۴۵.

۲- از این پس در این پایان‌نامه از لایحه قانونی مذکور با علامت اختصاری ل.ا.ق.ت نام می‌بریم. این لایحه قانونی در سال ۱۳۴۷ در ماده (۳۰۰) تصویب شد و جایگزین مواد (۲۱) تا (۹۳) قانون تجارت ۱۳۱۱ در خصوص شرکتهای سهامی گردید. با وجود این ماده (۲۹۹) ل.ا.ق.ت، مقرر می‌دارد آن قسمت از مقررات قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ مربوط به شرکتهای سهامی که ناظر به سایر انواع شرکتهای تجاری می‌باشد نسبت به آن شرکت‌ها باقی است. (روزنامه رسمی ۷۰۳۸ - ۱۳۴۸/۱/۲۶).

۳- ماده (۲۰) قانون تجارت: «شرکتهای تجاری بر هفت قسم است: ۱- شرکت سهامی ۲- شرکت با مسئولیت محدود ۳- شرکت تضامنی ۴- شرکت مختلط غیرسهامی ۵- شرکت مختلط سهامی ۶- شرکت نسبی ۷- شرکت تعاونی تولید و مصرف».

۴- حسن، عمید، فرهنگ فارسی عمید، چاپ نهم، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵، ص ۱۱۱۶.

۵- ماده (۱) قانون تأسیس بورس اوراق بهادار (روزنامه رسمی ۲۴۷ - ۱۳۴۵/۵/۱۱).

علاوه بر بهره حقوق دیگری نیز شناخته شود.<sup>(۱)</sup>

### ۱-۱-۳- عناصر تشکیل دهنده ورقه قرضه

عناصر تشکیل دهنده ورقه قرضه به شرح زیر است:<sup>(۲)</sup>

- الف- این اوراق به صورت اسناد وام متحدالشکل صادر می‌گردد (ماده ۶۰ ل.ا.ق.ت).
  - ب- مبلغ وام در اسناد مذکور یکسان است (تبصره ماده ۵۶ ل.ا.ق.ت).
  - ج- به این وام ربح و بهره‌ای که از قبل تعیین می‌شود، تعلق می‌گیرد (ماده ۵۲ ل.ا.ق.ت).
  - د- این وام موجل است و معمولاً مدت آن دراز است (بند ۹ ماده ۵۸ ل.ا.ق.ت).
  - ه- به این وام علاوه بر بهره ممکن است حقوق دیگری نیز تعلق بگیرد (مواد ۶۷ و ۶۹ ل.ا.ق.ت).
  - و- این اوراق قابل معامله و نقل و انتقال در بازار بورس اوراق بهادار هستند (ماده ۵۲ ق.ا.ق.ا. و همچنین ماده (۱) قانون بورس تأسیس اوراق بهادار).
- در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، از با نام یا بی نام بودن ورقه قرضه سخنی به میان نیامده است. لیکن با توجه به وحدت ملاک که اوراق قرضه مانند سهام شرکتها از مصادیق اوراق بهادار محسوب می‌شود، می‌توان استنباط کرد که اوراق قرضه نیز می‌توند به صورت با نام یا بی نام صادر شود.<sup>(۳)</sup>

۱- ماده (۵۲) ل.ا.ق.ت.

۲- محمدجعفر، جعفری‌لنگرودی، دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، چاپ اول، تهران، مشعل آزادی، ۱۳۵۵، ص ۳۴۹.

۳- حسن ستوده تهرانی، حقوق تجارت، جلد دوم، چاپ اول با تجدید نظر، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، ص ۸۶.



## ۱-۱-۴- ماهیت حقوقی ورقه قرضه

همانگونه که در تعریف ورقه قرضه آمد ورقه قرضه سندی است که حاکی از دین بوده و صادرکننده تعهد به پرداخت آن را می‌نماید. به عبارت دیگر دارنده ورقه قرضه، طلبکار شرکت سهامی و شرکت مدیون دارنده ورقه قرضه است. به همین دلیل دارندگان اوراق قرضه در اداره امور شرکتها هیچ گونه دخالتی نداشته و فقط بستانکار شرکت محسوب می‌شوند<sup>(۱)</sup> و قواعد عقد قرض بر رابطه آنان با شرکت حکومت دارد. با این مقدمه واضح است که ماهیت حقوقی اوراق قرضه چیزی جز عقد قرض موضوع ماده ۶۴۸ قانون مدنی<sup>(۲)</sup> نیست.

دارنده ورقه قرضه به عنوان مقرض مبلغی وجه نقد را به شرکت سهامی عام (مقترض) تملیک می‌کند و برگه قرضه را به مثابه رسید و سند طلب خود دریافت می‌کند که در سند مذکور (ورقه قرضه) مقترض (شرکت سهامی عام) تعهد می‌نماید که در مدت معلوم و معین طلب بعلاوه بهره آن را ابقاء نماید. با وجود این در بعضی از مواد قانونی مانند مواد (۵۴) و (۵۷) ل.ا.ق.ت از «خرید» و «فروش» اوراق قرضه سخن به میان آمده و ممکن است این توهم را ایجاد نماید که انتشار اوراق قرضه، بیع است. باتوجه به اینکه ماهیت حقوقی این اوراق را توضیح دادیم به نظر می‌رسد که آنچه که به عنوان «خرید» یا «فروش» اوراق قرضه در مواد مذکور آمده مسامحه در بکارگیری لفظ است و گرنه برگه‌های قرضه به خودی خود ارزش ذاتی ندارد که قابل خرید و فروش باشد. چنانچه ماهیت انتشار اوراق قرضه بیع می‌بود لازم می‌آمد که برگه‌های قرضه به عنوان «مبیع» به ملکیت دارندگان آن درآید و رابطه شرکت

۱- ماده ۵۳ ل.ا.ق.ت.

۲- ماده ۶۴۸ قانون مدنی: «قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آنرا از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم الرد بدهد».

سهامی عام با دارندگان این اوراق رابطه بایع و مشتری باشد. در حالیکه چنین نیست بلکه شرکت سهامی عام با انتشار اطلاعیه پذیره‌نویسی اوراق قرضه اعلام می‌دارد به قرض و وام نیاز دارد و این «ایجاب» خود را از طریق آگهی در روزنامه رسمی به اطلاع عموم می‌رساند.<sup>(۱)</sup>

در مقابل شخصی که به شرکت قرض می‌دهد ایجاب شرکت سهامی عام را «قبول» می‌کند و پس از پرداخت وجه به عنوان بستانکار، رسیدی که در واقع تحت شرایط شکلی خاص، به نام ورقه قرضه، مقنن در نظر گرفته است، دریافت می‌دارد. این برگه چیزی نیست جزء سندی که مبین میزان طلب از شرکت سهامی عام می‌باشد.

قابل معامله و نقل و انتقال بودن این ورقه نیز در واقع مربوط به بحث فروش دین می‌باشد<sup>(۲)</sup>. و درباره «انتقال طلب به دیگران با وجود ماده ۳۵۰ قانون مدنی<sup>(۳)</sup> هیچ اشکالی به ذهن نمی‌رسد»<sup>(۴)</sup>. البته برای اینکه بیع دین، بیع کالی به کالی نباشد باید ثمن آن حال باشد.<sup>(۵)</sup>

۱- ماده (۵۷) ل.ا.ق.ت.

۲- در خصوص فروش دین رجوع کنید:

محمدجعفر، جعفری‌لنگرودی، دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، چاپ اول، تهران، مشعل آزادی، ۱۳۵۵، ص ۵۵۴- ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)، چاپ چهارم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱، ص ۴۲.

۳- ماده ۳۵۰ ق.م: «مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین بطور کلی از شی متساوی‌الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی‌الذمه باشد».

۴- ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۱۸.

۵- در بیع کالی به کالی ثمن و مبیع هر دو کلی و موجل است. اصطلاح کالی به کالی از فقه عامه اقتباس شده و آنچه در فقه امامیه منع شده بیع دین به دین است و دلیلی بر بطلان آن ارائه نشده است. ولی نظر مشهور در فقه امامیه بر بطلان این نوع بیع می‌باشد و بعضی از حقوقدانان نیز با فقها همدستان شده‌اند: شیخ محمدحسن، نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۴، قم، چاپ خوانساری، ۱۳۵۰، ص ۲۸۹- زین‌الدین بن نورالدین عاملی، معروف به شهید ثانی، روضةالبهید فی شرح اللمعة الدمشقیة، کتاب الدین، در دو مجلد، قم، چاپ خوانساری، ۱۳۴۸، ص ۳۴۳- محمدجعفر لنگرودی، منبع پیشین، ص ۵۹۳- ولی اکثر حقوقدانان معاصر اعتقادی به بطلان

## ۱-۱-۵- تفاوت ورقه قرضه با عقد قرض

اکنون برآنیم تا تفاوت ورقه قرضه (موضوع ماده ۵۱ به بعد ل.ا.ق.ت) با عقد قرض موضوع مواد ۶۴۸ به بعد قانونی مدنی را بیان کنیم: (۱)

۱- عقد قرضی که در فقه و قانون مدنی مطرح هست از نظر تاریخی دور از شائبه‌های سودجویی بوده است. قرض وسیله‌ای برای تعاون و همکاری اجتماعی است. مبنای قرض نوعی احسان و دستگیری است. مقترض بدون احساس شرمساری با رد مثل آنچه را که به قرض گرفته بار منتهی را به دوش نمی‌کشد. (۲)

شارع قرض را به عنوان یک وسیله تعاون اجتماعی پذیرفته است، لیکن با تحول اقتصادی و حرکت جوامع سنتی و کشاورزی به سوی صنعتی شدن، باعث گردید که به جای مستمندان و ناتوانان، توانگران و ثروتمندان خواهان وام شوند و وام دهندگان سرمایه‌داران کوچک و گاه بی‌بضاعت باشند. در گذشته نیازمندان برای رفع نیازهای ابتدایی خود قرض می‌گرفتند ولی اکنون توانگران وام می‌خواهند که آنرا وسیله تجارت قرار دهند. پس نتیجه‌ای که از این مقدمه کوتاه می‌گیریم این است که قرض قانون مدنی که برگرفته از فقه امامیه می‌باشد با توجه به سابقه تاریخی آن وسیله همکاری و تعاون اجتماعی است ولی ورقه قرضه وسیله اقتصادی و تجاری می‌باشد.

---

این نوع بیع ندارند و به نظر می‌رسد نظر این گروه با قانون مدنی بیشتر مطابقت دارد و مرجح است: ناصر، کاتوزیان، منبع پیشین، ص ۳۱۹ و قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، چاپ سوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱، ص ۲۰۵ - سیدحسین، امامی، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ هفتم، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۰، ص ۴۵۵ - سیدحسین صفایی - دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۲، تعهدات و قراردادها، چاپ اول، تهران، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱، ص ۲۸۶.

۱- تحلیل اعتبار شرعی ورقه قرضه بعداً خواهد آمد.

۲- ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۶۲۳.

۲- دومین تفاوت عقد قرض با ورقه قرضه تفاوت مبنایی آنهاست. در عقد قرض شرط سود و بهره، غیراخلاقی، نامشروع و به عنوان ربا مورد نکوهش است<sup>(۱)</sup>. اما در ورقه قرضه مقنن با صراحت در ماده ۵۲ ل.ا.ق.ت. از بهره معین نام می‌برد و هدف وام دهندگان به شرکت سهامی عام (در قالب ورقه قرضه) اصولاً چیزی جز دست‌یابی به سود و بهره نیست.

۳- صدور ورقه قرضه فقط در شرکت سهامی عام مجاز است<sup>(۲)</sup> و افراد حقیقی و سایر اشخاص حقوقی حقوق عمومی و خصوصی (از جمله شرکتهای تجاری) مجاز به این امر نیستند در حالیکه هر شخص حقیقی یا حقوقی می‌تواند درخواست قرض نماید و هیچ محدودیتی وجود ندارد.

۴- رسیدی که شرکت سهامی عام (مقترض) به وام دهنده می‌دهد تابع شرایط شکلی و رعایت تشریفات صدور آن می‌باشد که مقنن آنرا لازم الرعایه دانسته است<sup>(۳)</sup>. ولی در قرض با توجه به اعتبار مقترض و روابط طرفین عقد، نوع سندی که بین آنها تنظیم می‌شود متفاوت خواهد بود. در عقد قرض ممکن است مقترض اصلاً رسیدی ندهد و اخلاقاً متعهد به رد دین شود.

---

۱- آیه ۲۷۵ / بقره: «... احلّ الله البيع و حرّم الربوا...».

یعنی: خداوند خرید و فروش را حلال و ربا را حرام کرده است.

- آیه ۲۷۸ سوره بقره: «یا ایها الذین امنوا اتقوا الله و ذروا ما بقی من الربوا ان کنتم مؤمنین».

یعنی: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، از (عذاب و عقاب) خدا بپرهیزید و آنچه از (مطالبات) ربا (در پیش مردم) مانده است فرو گذارید، اگر مؤمن هستید.

- آیه ۲۷۹ سوره بقره: «فان لم تفعلوا فآذنوا بحرب من الله و رسوله و ان تبتم فلکم رءوس اموالکم لاتظلمون و لاتظلمون».

یعنی: پس اگر چنین نکردید، بدانید که به جنگ با خدا و پیغمبرش برخاسته‌اید، و اگر توبه کردید اصل سرمایه‌هایتان از آن شماسست، نه ستم می‌کنید و نه ستم می‌بینید».

رجوع شود: مصطفی خرم‌دل، تفسیر نور، چاپ اول، تهران، حیدری، ۱۳۷۱، ص ۴۹.

۲- ماده ۵۱ ل.ا.ق.ت.

۳- تبصره ذیل ماده (۵۷) ل.ا.ق.ت.

۵- در عقد قرض چنانچه مدیون فوت نماید دین مدت دار او حال می شود<sup>(۱)</sup>. سوالی که در اینجا مطرح است این است که آیا چنانچه شرکت سهامی عام به عنوان مدیون و مقترض، ورشکسته یا به هر دلیلی منحل شود<sup>(۲)</sup>، دین ناشی از قرضه حال می شود یا خیر؟

در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، اشاره‌ای به این امر نشده است. مطابق ماده (۲۰۳) ل.ا.ق.ت. تصفیه امور شرکتهای سهامی باید با رعایت مقررات این قانون انجام گیرد مگر در مورد ورشکستگی که تابع مقررات مربوط به ورشکستگی می باشد.

از ماده ۲۲۳ قانون مذکور که مقرر می دارد: «آن قسمت از دارائی نقدی شرکت که در مدت تصفیه مورد احتیاج نیست بین صاحبان سهام به نسبت سهام تقسیم می شود به شرط آنکه حقوق بستانکاران ملحوظ و معادل دیونی که هنوز موعد تادیه آن نرسیده است موضوع شده باشد» استنباط می شود که انحلال شرکت جزء در صورت ورشکستگی، تأثیری در دیون مدت دار شرکت منحل ندارد. بنابراین اگر انحلال شرکت سهامی عام در نتیجه ورشکستگی باشد به موجب ماده ۴۲۱ ق.ت. قروض موجل آن حال می شود<sup>(۳)</sup>. ولی در سایر حالت‌های انحلال شرکت، دیون موجل شرکت حال نمی شود. لذا در

---

۱- ماده ۲۳۱ قانون امور حسبی: «دیون مؤجل متوفی بعد از فوت حال می شود».

۲- ماده ل.ا.ق.ت: «شرکتهای سهامی در موارد ذیل منحل می شود:

۱- وقتی که شرکت موضوعی را که برای آن تشکیل شده است انجام داد، یا انجام آن غیرممکن شده باشد. ۲- در صورتی که شرکت برای مدت معین تشکیل گردیده و آن مدت مقتضی شده باشد مگر اینکه مدت قبل از انقضاء تمدید شده باشد. ۳- در صورت ورشکستگی ۴- در موقع که مجمع عمومی فوق العاده صاحبان سهام بپهر علتی رأی به انحلال شرکت بدهد. ۵- در صورت صدور حکم قطعی دادگاه».

۳- ماده ۴۲۱ ق.ت: «همین که حکم ورشکستگی صادر شد قروض موجل با رعایت تخفیفات مقتضیه نسبت به مدت، به قروض حال مبدل می شود».

خصوص ورقه قرضه که سند دین است، چنانچه مدت آن هنوز سپری نشده باشد حال نمی‌گردد.<sup>(۱)</sup>

## ۱-۱-۶- انواع اوراق قرضه

### ۱- اوراق قرضه با نام و بی نام

در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، اشاره‌ای به این موضوع نشده است. اما نظر به اینکه بی نام بودن آن منع نشده است و از بی نام بودن ورقه قرضه ضرری متوجه شرکت نمی‌شود بلکه هدف شرکت دریافت وام است و در مقابل این وام رسیدی می‌دهد (ورقه قرضه) و تعهد به بازپرداخت اصل و سود وام می‌کند لذا تفاوتی نمی‌کند چه شخصی وام را پرداخت کرده و هنگام بازپرداخت به چه شخصی باید مسترد گردد.

بعلاوه به لحاظ اینکه «بی نام بودن» ورقه قرضه موجب تسهیل در نقل و انتقال آن می‌گردد و ممکن است وام دهندگان نخواهند دیگران از مسایل مالی آنها اطلاع داشته باشند. با توجه به مطالب مذکور، هر چند مقنن در این خصوص سکوت کرده و مقرراتی پیش ننموده است به نظر می‌رسد انتشار اوراق قرضه به صورت بی نام ممکن می‌باشد.<sup>(۲)</sup>

۱- با انحلال شرکت سهامی شخصیت حقوقی شرکت پایان نمی‌یابد بلکه به موجب ماده (۲۰۸) ل.ا.ق.ت. تا خاتمه امر تصفیه شخصیت حقوقی شرکت جهت انجام مربوط به تصفیه باقی خواهد ماند. لذا دارندگان اوراق قرضه، در سررسید اوراق مذکور به مدیران تصفیه مراجعه می‌کنند.

۲- در صورتیکه ورقه قرضه به صورت بی نام صادر شود با وحدت ملاک از ماده ۳۹ ل.ا.ق.ت می‌توان گفت در این حالت به صورت سند در وجه حامل تنظیم و دارنده آن مالک شناخته می‌شود مگر آنکه خلاف آن ثابت گردد. ورقه قرضه بی نام به آسانی قابل نقل و انتقال بوده و انتقال مالکیت با قبض و اقباض تحقق می‌یابد. ماده ۳۲۰ ق.ت در این مورد مقرر می‌دارد: دارنده هر سند در وجه حامل مالک و برای مطالبه و آن محق محسوب می‌شود... لازم به ذکر است تصرف ورقه قرض همانند تصرف در مال منقول است لذا دعاوی ناشی از آن برابر ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی به عمل می‌آید.

## ۲- اوراق قرضه قابل بازخريد و غير قابل بازخريد

اوراق قرضه قابل بازخريد را مي توان قبل از سررسيد بازخريد نمود و معمولاً قيمت بازخريد اين نوع اوراق از ارزش اسمي آنها بيشتري است. به عنوان مثال اگر شركت مبادرت به انتشار اوراق قرضه سه ساله کرده باشد و قابل بازخريد باشد، مي تواند قبل از سررسيد با پرداخت مبلغ اسمي ورقه قرضه به دارنده آن (اگر به گونه اي ديگر شرط نشده باشد) به اين رابطه پايان دهد. شايد ذکر است قابل بازخريد بودن ورقه قرضه در روي برگه تصريح مي گردد<sup>(۱)</sup>. لذا اگر در روي برگه قرضه اشاره اي به قابل بازخريد بودن، نشده باشد، غير قابل بازخريد خواهد بود. در اين صورت شركت تا زمان سررسيد، نمي تواند با پرداخت قرض به دارنده آن به اين رابطه خاتمه دهد.

## ۳- اوراق قرضه تضمين شده و بدون تضمين

چنانچه شركت سهامی عام که مبادرت به انتشار اوراق قرضه می نماید از اعتبار و اطمینان در بین خریداران ورقه قرضه، برخوردار نباشد. پرداخت وام بدون تضمین با اقبال کمتری روبرو خواهد شد. زیرا مردم حاضر نمی شوند به شرکتی، وام پرداخت کنند که از آن شناختی ندارند و تضمینی نیز برای رسیدن به پولشان وجود نداشته باشد. لذا شرکت می تواند از دو راه اعتماد و اطمینان آنان را برای پرداخت وام (در قالب اوراق قرضه) جلب نماید:

الف- یک شرکت یا مؤسسه معتبر دولتی مانند بانک یا یک شرکت خصوصی دیگر که از اعتبار زیادی برخوردار است، بازپرداخت اصل وام و سود آن را تضمین نماید.<sup>(۲)</sup>

۱- بند (۷) ماده (۶۰) ل.ا.ق.ت.

۲- ماده (۷۲۳) ق.م: ممکن است که در ضمن عقد لازمی به تادیه دین دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست.

ب- اموال و ماشین‌آلات متعلق به شرکت مورد وثیقه قرار گیرد. به بیان دیگر، اموالی از شرکت در رهن وام دهندگان (خریداران اوراق قرضه) قرار می‌گیرد و در صورتیکه شرکت در سررسید قادر به بازپرداخت اصل وام و سود آن نباشد، اموال در رهن، فروخته می‌شود و از محل فروش آن، بازپرداخت اوراق قرضه صورت می‌گیرد.<sup>(۱)</sup> اوراق قرضه تضمین نشده معمولاً از سوی شرکت‌های معتبر منتشر می‌شود و اعتبار آن برای خریداران اوراق قرضه اعتماد و اطمینان حاصل می‌کند و نیازی به تضمین نمی‌بینند.

#### ۴- اوراق قرضه قابل تبدیل و تعویض با سهام شرکت و غیر قابل تعویض و تبدیل

دارندگان اوراق قرضه قابل تبدیل و تعویض می‌توانند، اوراق خود را براساس شرایط مندرج در اوراق قرضه و رعایت مواد (۶۱) و (۷۱) ل.ا.ق.ت به سهام شرکت تبدیل یا با سهام شرکت تعویض کنند. اما در اوراق قرضه عادی که چنین شرطی نشده باشد دارندگان از چنین امتیازی محروم هستند. نکته قابل توجه در اینجا، تفاوتی هست که بین اوراق قرضه قابل تعویض با سهام و قابل تبدیل به سهام وجود دارد؛

مجمع عمومی فوق‌العاده باید زمانی که اوراق قرضه قابل تعویض با سهام را تصویب می‌کند به پیشنهاد هیأت مدیره و گزارش خاص بازرسان، افزایش سرمایه شرکت را حداقل برابر با مبلغ قرض تصویب کند<sup>(۲)</sup>. یعنی شرکت از آغاز، افزایش سرمایه می‌دهد. در این مورد سهام برای شخص صادر می‌شود ولی در صندوق شرکت به امانت گذاشته می‌شوند و تا پایان مهلت ورقه قرضه این سهام قابل تأمین و توقیف از طرف طلبکاران شرکت نخواهد بود.<sup>(۳)</sup>

---

مثل اینکه کسی التزام خود را به تادیه دین مدیون معلق به عدم تادیه او نماید».

۱- مواد (۷۷۱) به بعد قانون مدنی.

۲- ماده (۶۱) ل.ا.ق.ت.

۳- ماده (۶۸) ل.ا.ق.ت.



اما در مورد اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام، افزایش سرمایه شرکت مقارن اجازه انتشار اوراق قرضه صورت نمی‌گیرد بلکه مجمع عمومی فوق العاده اجازه افزایش سرمایه را به هیأت مدیره می‌دهد<sup>(۱)</sup> و در پایان مهلت مقرر، افزایش سرمایه صورت می‌گیرد و ممکن است دارنده ورقه قرضه از تبدیل منصرف شود و افزایش سرمایه منتفی گردد.

### ۱-۱-۷- تفاوت ورقه قرضه با سهم<sup>(۲)</sup>

۱- سهامدار از طریق مجامع عمومی و در صورت انتخاب، در هیأت مدیره حق دخالت در امور شرکت را دارد<sup>(۳)</sup>. ولی دارنده ورقه قرضه فقط بستانکار شرکت محسوب می‌شود و حق مداخله در امور شرکت ندارد.

۲- بعد از انحلال شرکت و ختم تصفیه و انجام تعهدات و تأدیه کلیه دیون شرکت، سهامدار در دارایی شرکت سهام شده<sup>(۴)</sup> و دارایی آن طبق ماده (۲۲۴) ل.ا.ق.ت. بین سهامداران تقسیم می‌شود<sup>(۵)</sup>.

۱- منصور، صقری، حقوق تجارت، تهران، چاپ علمی، ۱۳۴۳، پاورقی، ص ۲۹۸.

۲- سهم قسمتی از سرمایه شرکت سهامی است که مشخص میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی باشد (ماده ۲۴ ل.ا.ق.ت).

۳- مستفاد از مواد (۷۲)، (۷۵)، (۸۴)، (۸۷) و (۱۰۷) ل.ا.ق.ت.

۴- قبل از انحلال شرکت و تا پایان شخصیت حقوقی آن، به علت اینکه دارایی شرکت مستقل از دارایی سهامداران است نمی‌توان گفت سهامدار در دارایی شرکت سهامی می‌باشد. چنین بیانی با شخصیت حقوقی شرکت مغایرت دارد. لیکن بعضی از اساتید حقوق تجارت معتقد به سهام بودن سهامداران در دارایی شرکت هستند. (رجوع کنید: حسن، ستوده تهرانی، حقوق تجارت، جلد دوم، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، ص ۸۷-۸۶).

۵- ماده ۲۲۴ ل.ا.ق.ت: «پس از ختم تصفیه و انجام تعهدات و تأدیه کلیه دیون دارایی شرکت بدو به مصرف بازپرداخت مبلغ اسمی سهام به سهامداران خواهد رسید و مازاد به ترتیب مقرر در اساسنامه شرکت و در صورتیکه اساسنامه ساکت باشد به نسبت سهام بین سهامداران تقسیم خواهد شد».

ولی دارنده ورقه قرضه فقط حق دریافت اصل سرمایه و بهره معین آنرا دارد.

۳- سهامداران در پایان هر سال مالی به نسبت سهام، سود دریافت می‌کنند. به بیان دیگر میزان سود سهامدار محدود و معین نیست. ممکن است در بعضی از سالهای مالی شرکت سودی نداشته باشد و در نتیجه سودی به سهامدار تعلق نگیرد<sup>(۱)</sup>. در حالی که دارنده ورقه قرضه بستانکار شرکت است و اعم از اینکه شرکت نفع یا احیاناً زیان داشته باشد، هر سال مبلغ معینی را به عنوان بهره، دریافت می‌کند.

۴- تضمین پرداخت سود سهم توسط شرکت ممکن و قانونی نیست. زیرا امکان دارد شرکت سودی تحصیل نکند. اما تضمین سود ورقه قرضه نه تنها مانع قانونی ندارد بلکه موجب جلب اعتماد و اطمینان در خریداران این گونه اوراق می‌گردد.

۵- ورقه قرضه مختص به شرکت سهامی عام است. ولی سهم هم در شرکت سهامی عام و هم در شرکت سهامی خاص وجود دارد.

۶- پرداخت سود قرضه به علت این که جزء دیون شرکت می‌باشد مقدم بر پرداخت سود سهام است زیرا تا زمانی که دیون شرکت پرداخت نشده به صاحبان سهام سودی پرداخت نمی‌شود.

۷- در صورت انحلال شرکت، بازپرداخت اصل مبلغ اسمی ورقه قرضه و سود آن به علت اینکه جزء دیون شرکت است مقدم بر بازپرداخت مبلغ اسمی سهام شرکت است. پس از تأدیه کلیه دیون شرکت، مازاد دارایی شرکت بین صاحبان سهام تقسیم می‌شود.<sup>(۲)</sup>

۱- مستفاد از مواد (۲۳۷)، (۲۳۹) و (۲۴۰) ل.ا.ق.ت.

۲- مستفاد از مواد (۲۲۴) و (۲۲۵) ل.ا.ق.ت.

## ۱-۱-۸- حقوق صاحبان اوراق قرضه

دارندگان اوراق قرضه از حقوقی برخوردارند که ذیلاً به آنها اشاره می‌شود:

### ۱-۱-۸-۱- حق دریافت بهره<sup>(۱)</sup>

در اطلاعیه انتشار اوراق قرضه، نرخ بهره‌ای که به قرضه تعلق می‌گیرد و همچنین ترتیب محاسبه آن مشخص می‌گردد<sup>(۲)</sup>. بنابراین بهره ورقه قرضه معین و مشخص است، خواه شرکت سود بیشتری داشته یا ضرر کرده باشد در هر حال شرکت باید بهره آنرا در مواعد مقرر پرداخت نماید<sup>(۳)</sup>.

### ۱-۱-۸-۲- حق دریافت مبلغ اسمی ورقه قرضه

شرکت صادرکننده مکلف است در موعد یا مواعد مقرر، مبلغ اسمی اوراق قرضه را به دارندگان آنها مسترد نماید و به هیچ بهانه‌ای مثلاً ضرر و یا عدم سوددهی، نمی‌تواند از بازپرداخت وام دریافتی، خودداری ورزد. در صورت ورشکستگی مطابق ماده (۴۲۱) ل.ا.ق.ت مبلغ اسمی اوراق قرضه چون جزء دیون شرکت است، حال می‌شود.

### ۱-۱-۸-۳- حق تبدیل ورقه قرضه به سهام شرکت

دارنده ورقه می‌تواند در پایان مهلت ورقه قرضه، آن را به سهام شرکت تبدیل نماید و سهام دریافت

۱- در مورد ربوی بودن بهره ورقه قرضه در آینده بحث خواهد شد.

۲- بند (۹) ماده ۵۸ ق.ا.ق.ت.

۳- محمود، عرفانی، حقوق تجارت، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۱، ص ۹۹.

کند و به عنوان سهامدار با شرکت ارتباط برقرار کند. بدیهی است تبدیل ورقه قرضه، به سوددهی و میزان موفقیت شرکت بستگی دارد. در غیر این صورت دارنده ورقه قرضه می تواند اصل وام (مبلغ اسمی ورقه قرضه) را دریافت کند و از تبدیل آن به سهم شرکت منصرف شود.

#### ۱-۱-۸-۴- حق تعویض ورقه قرضه با سهام شرکت

در صورتی که اوراق قرضه با سهام شرکت قابل تعویض باشد سهام مزبور الزاماً با نام است. سهام صادره تا انقضای موعد یا موعد تعیین شده در وثیقه بانک یا مؤسسه مالی پذیره نویس باقی خواهد ماند. (۱)

این گونه سهام تا انقضای موعد یا مواعد اوراق قرضه فقط قابل انتقال به دارندگان اوراق مزبور می باشد و مادام تعویض به عمل نیامده تا انقضای موعد یا مواعد اوراق قرضه قابل تأمین و توقیف نخواهد بود. (۲)

شایان ذکر است همانگونه که قبلاً بیان شد صاحبان اوراق قرضه، بستانکار شرکت محسوب می گردند و هیچ دخالتی در امور و اداره شرکت ندارند.

---

۱- ماده (۶۷) ل.ا.ق.ت.

۲- ماده (۶۸) ل.ا.ق.ت: «سهامی که جهت تعویض با اوراق قرضه صادر می شود مادام که این تعویض به عمل نیامده است تا انقضای موعد یا مواعد اوراق قرضه قابل تأمین و توقیف نخواهد بود.»

## ۱-۲- شرایط و تشریفات انتشار اوراق قرضه

### ۱-۲-۱- شرایط ماهوی انتشار اوراق قرضه

انتشار اوراق قرضه در صورتی که شرایط تعیین شده از طرف مقنن رعایت شود امکان پذیر است. این

شرایط عبارتند از:

- ۱) فقط شرکت های سهامی عام<sup>(۱)</sup> قادر به انتشار اوراق قرضه هستند. (۲)
  - ۲) کلیه سرمایه ثبت شده شرکت تأدیه شده باشد. (۳)
  - ۳) دو سال تمام از تاریخ ثبت شرکت گذشته باشد.
  - ۴) حداقل دو ترازنامه شرکت به تصویب مجمع عمومی عادی رسیده باشد. (۴)
  - ۵) انتشار اوراق قرضه در اساسنامه شرکت پیش بینی شده باشد یا در صورت عدم پیش بینی در اساسنامه، با پیشنهاد هیأت مدیره به تصویب مجمع عمومی فوق العاده رسیده باشد. (۵)
- سئوالی که در این زمینه ممکن است مطرح شود این است که اگر انتشار اوراق قرضه در اساسنامه شرکت پیش بینی نشده باشد و هیأت مدیره پیشنهاد آنرا به مجمع عمومی فوق العاده بدهد، آیا مجمع مذکور باید اساسنامه شرکت را تغییر دهد یا خیر؟ دیگر اینکه آیا این تصمیم مجمع عمومی فوق العاده با قسمت اخیر ماده (۹۴) ل.ا.ق.ت.<sup>(۶)</sup> در تعارض است یا خیر؟ به بیان دیگر در صورت تصویب مجمع

---

۱- شرکت سهامی به دو نوع تقسیم می شود: شرکت سهامی عام و خاص. در شرکت سهامی عام مؤسسين، قسمتی از سرمایه شرکت را از طریق فروش سهام به مردم تأمین می کنند. (ماده ۴ ل.ا.ق.ت).

۲- ماده (۵۱) ل.ا.ق.ت.

۳- ماده (۵۵) ل.ا.ق.ت.

۴- قسمت اخیر ماده (۵۵) ل.ا.ق.ت.

۵- ماده (۵۶) ل.ا.ق.ت.

۶- ماده (۹۴) ل.ا.ق.ت: «هیچ مجمع عمومی ... با هیچ اکثریتی نمی تواند بر تعهدات صاحبان سهام بیفزاید.»

عمومی فوق‌العاده مبنی بر تجویز انتشار اوراق قرضه، آیا تعهدی برای صاحبان سهام ایجاد می‌گردد؟  
در جواب سؤال اول می‌توان گفت؛ با عنایت به ماده (۵۶) ل.ا.ق.ت.<sup>(۱)</sup> ضرورتی ندارد که مجمع عمومی فوق‌العاده از طریق تغییر اساسنامه، اقدام نماید بلکه مصوبه مجمع عمومی مذکور با رعایت حد نصاب و اکثریت لازم معتبر، وافی و کافی به مقصود می‌باشد.<sup>(۲)</sup>  
در پاسخ به پرسش دوم می‌توان گفت که:

اولاً، ماده (۱۵) ل.ا.ق.ت مقرر می‌دارد: «امضاء ورقه تعهد سهم به خودی خود، مستلزم قبول اساسنامه شرکت و تصمیمات مجمع عمومی صاحبان می‌باشد». لذا سهامداران پیشاپیش تعهد به قبول و پذیرش تصمیمات مجمع عمومی را با امضای ورقه تعهد سهم نموده‌اند و با علم و آگاهی تصمیمات مجمع عمومی را از پیش پذیرفته‌اند هر چند برخلاف میل شخصی آنها باشد.  
ثانیاً، شرکت سهامی عام بعد از تشکیل (ماده ۱۷ ل.ا.ق.ت) مانند سایر شرکت‌های تجاری شخصیت حقوقی پیدا می‌کند<sup>(۳)</sup> و دارایی آن جدا از دارایی سهامداران می‌باشد.<sup>(۴)</sup>  
ثالثاً، به موجب ماده (۱) ل.ا.ق.ت. در شرکت‌های سهامی مسئولیت صاحبان سهام محدود به مبلغ اسمی سهام آنهاست.

لذا باتوجه به مطالب بالا می‌توان نتیجه گرفت که تصمیم مجمع عمومی فوق‌العاده مبنی بر تجویز

- ۱- ماده (۵۶) ل.ا.ق.ت: «هرگاه انتشار اوراق قرضه در اساسنامه پیش‌بینی نشده باشد مجمع عمومی فوق‌العاده صاحبان سهام می‌تواند بنا به پیشنهاد هیأت مدیره انتشار اوراق قرضه را تصویب و شرایط آنرا تعیین کند ...».
- ۲- حد نصاب لازم برای تشکیل مجمع عمومی فوق‌العاده عبارتست از حضور دارندگان بیش از نصف سهامی که حق رأی دارند ... و تصمیمات آن همواره با دو سوم آراء حاضر در جلسه معتبر خواهد (ماده ۸۴) ل.ا.ق.ت.
- ۳- ماده ۵۸۳ ق.ت: «کلیه شرکت‌های تجاری مذکور در این قانون شخصیت حقوقی دارند».
- ۴- دارایی اعم است از دیون و مطالبات رجوع کنید: ناصر، کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ اول، تهران، مؤسسه نشر یلدا، ۱۳۷۴، ص ۱۷.

انتشار اوراق قرضه مغایرتی با ماده (۹۴) ل.ا.ق.ت. ندارد و اصولاً تعهدی برای صاحبان سهام ایجاد نمی‌کند. النهایه ممکن است گفته شود در صورت انحلال شرکت، هنگام تصفیه دارایی، ابتدائاً بایستی طلب دارندگان قرضه پرداخت شود. سپس اگر اموالی باقی ماند بین سهامداران به نسبت تقسیم گردد و این هم روشن است وقتی شرکت استقراض نموده باشد به دارایی آن افزوده شده و تأثیری به حال صاحبان سهام ندارد.

### ۱-۲-۲- شرایط شکلی اوراق قرضه

علاوه بر اینکه ورقه قرضه در برگه‌های متحدالشکل و چاپی که به امضاء دو نفر طبق اساسنامه تعیین می‌شوند می‌رسد<sup>(۱)</sup> باید حاوی نکات زیر باشد:<sup>(۲)</sup>

- ۱- نام شرکت.
- ۲- شماره و تاریخ ثبت شرکت.
- ۳- مرکز اصلی شرکت.
- ۴- مبلغ سرمایه شرکت.
- ۵- مدت شرکت.
- ۶- مبلغ اسمی ورقه قرضه.
- ۷- تاریخ و شرایط بازپرداخت قرضه و نیز شرایط بازخرید ورقه قرضه (اگر قابل بازخرید باشد).

---

۱- ماده (۶۰) ل.ا.ق.ت. ناظر بر ماده ۲۵ همان قانون: ورقه قرضه باید ... به همان ترتیبی که برای امضای اوراق سهام مقرر شده است امضاء شود ...». ماده ۲۵: «اوراق سهام باید متحدالشکل و چاپی دارای شماره ترتیب بوده و به امضای لااقل دو نفر که به موجب مقررات اساسنامه تعیین می‌شوند، برسد».

۲- ماده (۶۰) ل.ا.ق.ت.

۸- ذکر این نکته که آیا ورقه قرضه قابل تعویض یا تبدیل به سهام شرکت هست یا خیر.

۹- تضمیناتی که احتمالاً برای قرضه در نظر گرفته شده است.

### ۱-۲-۳- تشریفات انتشار ورقه قرضه

تشریفات زیر برای انتشار اوراق قرضه ضروریست:

۱) تصمیم راجع به انتشار اوراق قرضه همراه طرح اطلاعیه آن باید به صورت کتبی به مرجع ثبت شرکتها اعلام شود.<sup>(۱)</sup>

سئوالی که مطرح است این است که آیا مرجع ثبت شرکتها می تواند با تصمیم شرکت مبنی بر انتشار اوراق قرضه مخالفت نماید؟ به عنوان مثال به دلیل فقدان شرایط مندرج در ل.ا.ق.ت و یا دلایل دیگر مخالفت نماید؟ به نظر می رسد مرجع ثبت شرکتها با عنایت به سیاق ماده (۵۷) ل.ا.ق.ت چنین وظیفه و اختیاری را ندارد. زیرا ماده مذکور مقرر می دارد که: «تصمیم راجع به فروش اوراق قرضه و شرایط صدور و انتشار آن باید همراه با طرح اطلاعیه انتشار اوراق قرضه کتباً به مرجع ثبت شرکتها اعلام شود...». یعنی تصمیم راجع به انتشار اوراق قرضه، صرفاً باید به مرجع ثبت شرکتها اعلام شود و مرجع مذکور وظیفه و اختیاری برای مخالفت ندارد. شایان ذکر است هرگونه آگهی برای فروش اوراق قرضه، قبل از اعلام به مرجع ثبت شرکتها ممنوع می باشد.<sup>(۲)</sup>

مضافاً اینکه در صورت فقدان شرایط لازم، ضمانت‌های اجرایی دیگری متقن در نظر گرفته است.

۱- ماده (۵۷) ل.ا.ق.ت.

۲- تبصره ذیل ماده (۵۷) ل.ا.ق.ت.



مانند اینکه هر ذینفع به استناد ماده (۲۷۰) ل.ا.ق.ت.<sup>(۱)</sup> می تواند از دادگاه بطلان آنرا بخواهد. از لحاظ کیفری نیز طبق بند (۳) ماده (۲۴۳) و بند (۲) ماده (۲۴۶) همان قانون<sup>(۲)</sup>، متخلفان قابل تعقیب و مجازات هستند.

(۲) مرجع ثبت شرکتها تصمیم مذکور را همراه طرح اطلاعیه انتشار اوراق قرضه در روزنامه رسمی آگهی خواهد نمود. به موجب تبصره ماده (۵۷) ل.ا.ق.ت. قبل از انجام تشریفات مذکور هرگونه آگهی برای فروش اوراق قرضه ممنوع است.

(۳) پس از انتشار آگهی انتشار اوراق قرضه در روزنامه رسمی، شرکت سهامی عام باید تصمیم مجمع عمومی فوق العاده و اطلاعیه مذکور را در روزنامه کثیرالانتشار که آگهی مربوط به شرکت در آن منتشر می گردد، آگهی نماید.<sup>(۳)</sup>

---

۱- ماده (۲۷۰) ل.ا.ق.ت.: «هرگاه مقررات قانونی در مورد تشکیل شرکت سهامی یا عملیات آن یا تصمیماتی که توسط هر یک از ارکان شرکت اتخاذ می گردد رعایت نشود برحسب مورد بنا به درخواست هر ذینفع، بطلان شرکت یا عملیات یا تصمیمات مذکور به حکم دادگاه اعلام خواهد شد. لیکن مؤسسين و مدیران و بازرسان و صاحبان سهام شرکت نمی توانند در مقابل اشخاص ثالث به این بطلان استناد نمایند».

۲- ماده (۲۴۳) ل.ا.ق.ت.: «اشخاص زیر به حبس تأدیبی از سه ماه تا دو سال و یا به جزای نقدی از بیست هزار ریال یا به هر دو مجازات محکوم خواهد شد: ۱- ... ۲- ... ۳- هرکس از اعلام مطلبی که طبق مقررات این قانون باید به مرجع ثبت شرکتها اعلام کند، بعضاً یا کلاً خودداری نماید ...». به موجب بند ۲ ماده ۲۴۶، رئیس و اعضاء هیأت مدیره در صورتیکه قبل از پرداخت کلیه سرمایه شرکت به صدور اوراق قرضه مبادر کند یا صدور آنرا اجازه دهند به دو تا شش ماه حبس محکوم خواهند شد.

۳- ماده (۵۹) ل.ا.ق.ت.

### ۱-۳- مقررات جزایی راجع به اوراق قرضه

در بحث شرایط انتشار اوراق، اشاره شد که برای انتشار اوراق قرضه باید کلیه سرمایه ثبت شده شرکت پرداخت، و دو سال از تاریخ ثبت شرکت گذشته و دو ترازنامه شرکت به تصویب مجمع عمومی رسیده باشد (ماده ۵۵ ل.ا.ق.ت) در صورتیکه رئیس و اعضای هیأت مدیره، بدون توجه به موارد فوق مبادرت به صدور اوراق قرضه نمایند به موجب ماده (۲۵۰) ل.ا.ق.ت به جزای نقدی از بیست هزار ریال تا دویست هزار ریال محکوم خواهند شد<sup>(۱)</sup>. در واقع ضمانت اجرایی ماده (۵۵) در ماده (۲۵۰) ذکر شده است. همچنین به موجب ماده (۵۶) ل.ا.ق.ت اگر انتشار اوراق قرضه در اساسنامه شرکت پیش‌بینی نشده باشد، مجمع عمومی فوق‌العاده صاحبان سهام می‌تواند بنا به پیشنهاد هیأت مدیره انتشار اوراق قرضه را تصویب و شرایط آن را تعیین کند و چنانچه رئیس و اعضای هیأت مدیره بدون رعایت مقررات مندرج در ماده مذکور مبادرت به صدور اوراق قرضه بنمایند به حبس تأدیبی از (۳) ماه تا (۲) سال بعلاوه جزای نقدی محکوم خواهند شد<sup>(۲)</sup>. همچنین رئیس و اعضای هیأت مدیره و مدیرعامل شرکت که مقررات مندرج در ماده (۶۰) ل.ا.ق.ت در خصوص مواردی که باید روی ورقه قرضه قید شود، را رعایت نمایند به جزای نقدی محکوم خواهند شد<sup>(۳)</sup>.

---

۱- در بند (۲) ماده ۲۴۶ همان قانون علاوه بر جزای نقدی، مجازات حبس از دو ماه تا ۶ ماه برای رئیس و اعضای هیأت مدیره که قبل از پرداخت کلیه سرمایه شرکت مبادرت به صدور اوراق قرضه نمایند یا صدور آنرا اجازه دهند در نظر گرفته است.

۲- ماده ۲۵۱ ل.ا.ق.ت.

۳- ماده ۲۵۲ ل.ا.ق.ت. همچنین در مواد ۲۴۸ و ۲۴۹ نیز مجازات‌های نقدی برای عدم رعایت برخی مقررات در خصوص اوراق قرضه پیش‌بینی شده است.

## ۱-۴- اعتبار شرعی اوراق قرضه

از آنجا که اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اشعار می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

این سؤال مطرح است که آیا مقررات راجع به اوراق قرضه موضوع ماده ۵۱ به بعد ل.ا.ق.ت با موازین اسلامی منطبق است یا خیر؟ از آنجا که بهره اوراق قرضه ممکن است ربا تلقی شود مختصری نیز در خصوص ربا بحث می‌نماییم. و پیش از آن باید به این سؤال پاسخ دهیم که آیا اصل چهارم شامل قوانین مصوب پیش از پیروزی انقلاب اسلامی هم می‌شود یا خیر؟

## ۱-۴-۱- قلمرو اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

از کلمه «کلیه قوانین» با توجه به عبارت بعدی فهمیده می‌شود که این عبارت هم شامل قانون اساسی و هم قوانین عادی و مقررات و آئین‌نامه‌ها می‌شود. اما آنچه مبهم است این است که در کشور هم اکنون قوانین عادی زیادی مجری است که پیش از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصویب شده‌اند و معلوم نیست آیا عبارت مذکور شامل این دسته از قوانین نیز می‌شود یا خیر؟

به عبارت دیگر «قلمرو زمانی» این اصل مشخص نشده است که آیا این اصل ناظر به قوانین و مقرراتی است که در نظام جمهوری اسلامی تصویب می‌شود یا قلمرو شمول این اصل کلیه قوانین و مقررات حاکم و جاری در کشور است هر چند قبل از انقلاب اسلامی تصویب و به مرحله اجرا گذاشته شده

باشد<sup>(۱)</sup>. این ابهام موجب برداشت‌ها و نظرات مختلفی در بین حقوقدانان گردیده است.

بعضی از حقوقدانان معتقدند اصل چهارم از عمومیت برخوردار است و شامل قوانین کشور اعم از گذشته و حال می‌شود. چراکه در کشور جمهوری اسلامی، هیچ‌گونه قوانین خلاف شرع نباید اجرا شود. وقتی این بر اطلاق و عموم همه قوانین حتی قانون اساسی حاکم است به طریق اولی بر قوانین گذشته نیز حاکمیت دارد.<sup>(۲)</sup>

عده‌ای دیگر از اساتید حقوق به عدم شمول اصل چهارم به قوانین گذشته اعتقاد دارند<sup>(۳)</sup>. اینان استدلال می‌کنند که اصل چهارم در ردیف اصول کلی قرار دارد. همانطوری که برای همه اصول کلی، ذکر جزئیات در اصول و فصول دیگر قانون اساسی آمده، کیفیت اجرای این اصل نیز در فصل قوه مقننه و اصول (۷۲)، (۹۱) و (۹۴) تا (۹۶) بیان شده و در این اصول نیز نظارت بر قوانین گذشته پیش‌بینی نشده است<sup>(۴)</sup>. «شیوه اجرای صلاحیت شورای نگهبان در اصل ۹۱ به بعد قانون اساسی آمده است و بر مبنای

---

۱- حسین مهرپور، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی. چاپ اول، تهران، مؤسسه اطلاعات، ۱۳۷۴، ص ۳۰. همچنین مقاله اصل چهارم قانون اساسی و قلمرو شمول آن، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۴۷-۱۴۶ بهار و تابستان ۱۳۶۸ ص ۱۷ تا ۳۱.

۲- حسین، مهرپور، پیشین، ص ۳۵.

۳- ناصر، کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، چاپ دهم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۰، ص ۱۷۷ - سیدمحمد، هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، چاپ دوم، قم، ناشر مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۷۵، صص ۲۹۲ - ۲۹۷. سیدمحمد، خامنه‌ای، مقاله اصل چهارم قانون اساسی، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۵۳-۱۵۲، پائیز و زمستان ۱۳۶۹، ص ۱۱ تا ۴۱.

۴- اصل ۷۲: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام و مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده شورای نگهبان است».

اصل ۹۱: «به منظور پاسداری از احکام اسلامی و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنها، شورایی بنام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود...».

اصل ۹۴: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود...».

اصل ۹۶: «تشخیص مغایرت مصوب مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض

قواعد اعلام شده در این اصول: ۱) شورای نگهبان مانع از اجرای قانونگذاری نامشروع می‌شود و بر تصویب قوانین جدید نظارت دارد و سخنی از قوانین گذشته نیست. ۲) شورای نگهبان در هیچ حال حق ابطال قانون را ندارد و تنها می‌تواند مصوب مجلس را برای تجدیدنظر به مرجع صالح بازگرداند. پس ادعای داشتن اختیار ابطال قانون بر مبنای این اصول، قابل پذیرفتن نیست. به ویژه که ابطال قانون، بدون اینکه متنی جایگزین آن شود، نظام حقوقی را دچار خلاء می‌کند و باعث آشفتگی حقوقی است. بر مبنای اصل چهارم، می‌توان قوانینی را که از این پس نیز تصویب می‌شود ابطال کرد، در حالی که هیچ کس این نتیجه را نمی‌پذیرد. مرجع نهایی قانونگذاری در نظام حقوقی ما مجلس شورای اسلامی است و همین مرجع باید درباره ابقاء یا نسخ قوانین موجود تصمیم بگیرد...»<sup>(۱)</sup>

شورای نگهبان اصل چهارم را از اصول ۹۱ تا ۹۹ مستقل دانسته است و با این برداشت برخی از قوانین و مقررات پیشین را حسب ارجاع یا رأساً خلاف شرع تشخیص داده است.<sup>(۲)</sup>

شورای نگهبان در جواب نامه شماره ۱/۱۱۴۳ مورخ ۱۳۶۰/۱۰/۲۵ شورای عالی قضایی اعلام نمود:  
«مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام

---

آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است».

- ۱- ناصر، کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، چاپ چهاردهم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۰، ص ۱۷۸-۱۷۷.
- ۲- برای اولین بار شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۵۹/۱۱/۱۴ طی نامه‌ای به وزارت مسکن و شهرسازی اعلام نمود که آئین‌نامه اجرایی قانون لغو مالکیت اراضی شهری مصوب شورای انقلاب، باتوجه به اصل چهارم قانون اساسی، شمول آن نسبت به زمین‌های بایر مسبوق به احیاء، غیرشرعی تشخیص داده می‌شود. (نظر شورای نگهبان در مجموعه قوانین سال ۱۳۵۹). همچنین شورای نگهبان، مباحث مهمی از قوانین را، مخالف شرع دانسته است از جمله: مرور زمان، خسارت تأخیر تأدیه (رجوع شود به مجموعه نظرات شورای نگهبان، در ۳ مجلد تألیف دکتر مهرپور).

زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلام باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین قوانین و مقرراتی را که در مراجع قضایی اجرا می‌گردد و شورای عالی قضایی آنها را مخالف موازین اسلامی می‌داند جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی، برای فقهای شورای نگهبان ارسال دارند»<sup>(۱)</sup>.

شایان ذکر است به موجب اصل (۹۸) قانون اساسی، تفسیر اصول قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می‌شود.

در صورت ابهام در قانون می‌توان با مراجعه به سوابق امر، قصد و غرض مقنن را کشف و ابهامات قانون را روشن نمود. در این خصوص «مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی» راهنما و به خوبی بیانگر اندیشه و قصد قانونگذار است. در ضمن مذاکرات جلسه سیزدهم آمده است:

«اینجا اصول کلی مطرح است ... وقتی می‌رسیم به حقوق و حدود وظایف قوه مقننه می‌گوئیم طبق اصل چهارم قوه مقننه حدود اختیاراتش تا آن اندازه است که با موازین اسلامی اصطکاک نداشته باشد»<sup>(۲)</sup> تصویب قوانین برای پاسخ به ضرورت‌های اجتماعی است و قوانین مختلف در طول زمان و تجربه عملی به تصویب رسیده‌اند و در مجموع چهارچوب نظام حقوقی را تشکیل می‌دهند. صرف اظهار نظر و خلاف شرع دانستن این قوانین، موجب بی‌نظمی و خلاء در نظام حقوقی و جامعه می‌گردد. کسانی که مخالف عدم شمول اختیار شورای نگهبان به قوانین گذشته هستند به هیچ وجه خواهان اجرای قوانین خلاف شرع نیستند بلکه معتقدند بایستی ابتدا توسط یک گروه یا کمیسیون خبره، موارد

۱- نظریه شماره ۱۹۸۳ - ۱۳۶۰/۲/۸ شورای نگهبان (روزنامه رسمی ۱۰۶۲۵ - ۱۳۶۰/۵/۲۹).

۲- صورت مشروح مذاکرات مجلس نهایی قانون اساسی - جلد اول، چاپ اول انتشارات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص ۳۱۵.

مخالف شرع شناسایی گردد. سپس همه اقدامات لازم برای تدوین و جای‌گزینی قوانین جدید صورت گیرد تا هیچ‌گونه خلاء قانونی در نظام حقوقی و به تبع آن در جامعه بوجود نیاید.<sup>(۱)</sup> حتی به فرض اینکه فقهای شورای نگهبان صلاحیت تشخیص خلاف شرع بودن قوانین گذشته را داشته باشند. ابطال قوانین و طی مراحل قانونی بر عهده آنها نخواهد بود.

ماده (۴۲) آیین‌نامه داخلی مجلس در بند (۲۴) خود «کمیسیون ویژه برای بررسی قوانین شورای انقلاب و قبل انقلاب» پیش‌بینی کرده است. همچنین در ماده (۶۱) آیین‌نامه مذکور آمده: «از اولین دوره مجلس شورای اسلامی کمیسیون ویژه‌ای به منظور رسیدگی به قوانین گذشته اعم از قوانین شورای انقلاب و قوانین قبل از انقلاب تشکیل می‌شود. این کمیسیون، متناسب با انقلاب اسلامی تغییرات لازم را در قوانین گذشته پیشنهاد می‌نماید که بصورت لایحه یا طرح مطابق آیین‌نامه مطرح شود».

راه حل قانونی مذکور به جا و منطقی به نظر می‌رسد. اما متأسفانه تاکنون، کمیسیون یاد شده فعال نبوده است، لیکن شرایط و مصلحت جامعه و نظام حقوقی ایجاب می‌کند که کمیسیون فعال گردد. «صرف نظر از این که، صلاحیت فقهای شورای نگهبان در امر بررسی و اعلام ابطال قوانین گذشته مورد تردید است مصلحت جامعه اقتضا می‌کند که تغییر و اصلاح قوانین براساس ضوابط مقرر در قانون اساسی و طی مراحل قانونی صورت گیرد».<sup>(۲)</sup>

بعد از ذکر مطالب فوق، اینک به بررسی سئوالی که در ابتدای بحث مطرح نمودیم می‌پردازیم. سئوال این بود که آیا بهره‌اوراق قرضه ربا است یا خیر؟ برای پاسخ به سئوال مذکور ناگزیر به ذکر مطالبی در باب «ربا» هستیم.

۱- سیدمحمد، هاشمی، پیشین، ص ۲۹۶.

۲- همان، ص ۲۹۰.

## ۱-۴-۲- مفهوم ربا

ربا کلمه‌ایست عربی و در لغت به معنی «زیاد شدن»، «نمو»، «رشد» و «ترقی» آمده است<sup>(۱)</sup>. در فقه نیز به همین معنا به کار رفته است. صاحب جواهر می‌فرماید: «بیع الربا، بیعی است که مشتمل بر زیاده باشد. مراد از ربای حرام هر زیاده‌ای نیست که معنای لغوی آن است، بلکه همان گونه که در مسالک و دیگر کتابهای فقهی آمده است دو گونه ربا داریم...»<sup>(۲)</sup>

الرباء الزیادة علی رأس المال، لکن خص فی الشرع بالزیادة علی وجه دون وجه<sup>(۳)</sup> یعنی «ربای زیادی بر سرمایه است. لیکن در شرع به زیاده‌های مخصوص گفته می‌شود». در تفاسیر قرآن کریم نیز ربا به معنی «زیادی» و «افزایش» ذکر شده است. صاحب مجمع البیان می‌نویسد:

«ربا عبارتست از زیاد گرفتن از اصل مال در برابر مدتی که مال نزد کسی بوده...»<sup>(۴)</sup>

در تفسیر المیزان آمده است:

«منظور ما از ربا، تبدیل جنسی است به مثل همان جنس با مقداری زیادتر، مثلاً فروختن ده من گندم به مبلغ دوازده من گندم و نظایر اینها»<sup>(۵)</sup>.

۱- علی اکبر دهخدا، لغتنامه، ج ۲۲، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۲۹، ص ۲۳۲ - محمد، معین، فرهنگ فارسی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۷، ص ۱۶۳۴.

۲- شیخ محمدحسن، نجفی، جواهرالکلام، جلد ۲۳، چاپ هفتم نشر بیروت، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۸ هجری قمری، ص ۳۳۴: لیس المراد من الربا المحرم مطلق الزیاده، كما هو معنا، لغة، بل...»

۳- عبدالرؤف، المصری، معجم المفردات الفاظ القرآن، چاپ سوم، بیروت، ناشر دارالسرور، ۱۳۶۷ هجری - قمری، ص ۲۳۱.

۴- شیخ ابوعلی، طبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، جلد ۴، ترجمه دکتر سیدابراهیم میرباقری، تهران، انتشارات فراهانی، ۱۳۵۰، ص ۴۱۳.

۵- سیدمحمدحسین، طباطبائی، المیزان فی تفسیر القرآن، جلد ۴، ترجمه محمدباقر موسوی همدانی، قم، دارالعلم، ۱۳۶۰.



### ۱-۴-۳- انواع ربا

ربا در فقه گاهی در داد و ستد است و گاهی در وام و معنای لغوی ربا که همان فزونی است در هر دو نوع وجود دارد:

### ۱-۴-۳-۱- ربای معاملی

ربا معاملی عبارتست از داد و ستد دو هم جنس مکیل و موزون به گونه غیربرابر.

امام خمینی (ره) در عبارتی جامع به تعریف این نوع ربا پرداخته است:

«هو بیع احد المثلین بالآخر مع زیادة عینه، کبیع من من الحنطة بمنین او بمن منها و درهم او حکمیة، کمن منها نقداً بمنّ منهما نسیئة. و الاقوی عدم اختصاصه بالبیع، بل یجری فی سائر المعاملات کالصلح و نحوه و شرطه امران: الاول، اتحاد الجنس عرفاً ... الثانی: کون العوضین من المکیل او الموزون، فلا ربا فیما یباع بالعدد و المشاهدة»<sup>(۱)</sup>. یعنی:

«ربای معاملی همان فروختن چیزی است به چیز دیگری همانند آن، همراه با افزایش در یکی از آن دو، این افزایش، خواه عینی و خارجی باشد، مانند فروختن یک گندم در برابر دو من آن، یا یک من گندم و یک درهم و یا افزایش حکمی، مانند یک من گندم نقد در برابر یک من گندم نسیه و دیدگاه قوی تر آن است که این گونه ربا تنها در خرید و فروش نیست. بلکه در سایر معاملات مانند صلح و نظائر آن، هم می آید. زیادتی فوق الذکر با جمع شرایط زیر «ربا» تلقی می شود: نخست همانندی در جنس نزد عرف ... دوم، عوضین مکیل یا موزون باشند، بنابراین چیزی که با شمارش یا دیدن فروخته می شود، ربا در آن

ص ۴۱۳.

۱- روح الله، الموسوی خمینی، تحریر الوسیله، جلد ۱. چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳، ص ۴۹۳.

نیست»<sup>(۱)</sup>.

این نوع از ربا موضوع بحث ما نیست. بنابراین به همین مقدار بسنده می‌کنیم.<sup>(۲)</sup>

### ۱-۴-۳-۲- ربای قرضی

ربای قرضی آن است که کسی مقدار معینی پول یا جنس به دیگری قرض دهد که سر موعد با مقداری اضافه از آنچه قرض داده دریافت کند یا نفعی ببرد. این منفعت و زیاده ممکن است عینی باشد مثلاً صد تومان قرض بدهد و صد و ده تومان دریافت کند و یا ممکن است انجام عملی باشد، مثل بنایی خانه، بطور خلاصه شرط هرگونه زیادتی در استقراض ربا محسوب می‌شود. زیرا اگر کسی مالی را خواه پول و خواه چیز دیگر، از کسی قرض بگیرد. تنها پرداخت همان چیز را که قرض گرفته است بر او واجب است.<sup>(۳)</sup>

امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله می‌فرماید:

«مالی که قرض می‌دهند چه وزنی و پیمانه‌ای باشد و چه شمارشی، نمی‌توان در بازپرداخت افزون بر

---

۱- شایان ذکر است بند (ب) ماده (۱) قانون نحوه اجرای اصل (۴۹) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در تعریف ربای معاملی اشعار می‌دارد: «... و آن زیاده‌ای است که یکی از طرفین معامله، زائد بر عوض یا معوض از طرف دیگر دریافت می‌کند به شرطی که عوضین مکیل یا موزون و عرفاً یا شرعاً از جنس واحد باشند» (روزنامه رسمی ۱۱۲۵۷ - ۱۳۶۳/۷/۲).

۲- برای تفصیل بیشتر رجوع کنید به:

شیخ محمدحسن، نجفی، جواهرالکلام، جلد ۲۳ - امام خمینی - کتاب البیع، انتشارات اسلامی، قم - میرزاحسن، بجنوردی، القواعد الفقهیه، جلد ۵ - شیخ حر عاملی، وسایل الشیعه، جلد (۱) باب (۱) از ابواب ربا - سید محمدجواد، عاملی، مفتاح الکرامه، جلد ۴، شیخ یوسف بحرانی، حدائق، ج ۱۹ - شیخ طوسی، مبسوط، جلد ۲.

۳- شهید مرتضی، مطهری، مسأله ربا به ضمیمه بیمه، چاپ ششم، تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۷۴، ص ۷۸.

اصل آنرا گرفت»<sup>(۱)</sup>.

با تعریفی که قبلاً از ربای داد و ستدی ارائه شد، تفاوت میان ربای داد و ستدی و ربای در قرض مشخص می‌شود؛ در داد و ستد، زیادتى تنها در صورتی «ربا» است که دو مالی که مبادله می‌شوند وزنی و پیمانه‌ای باشند ولی قرض زیادتى «ربا» محسوب است خواه دو مالی که مبادله می‌شوند مکیل و موزون باشند و خواه شمارشی.<sup>(۲)</sup>

بی‌گمان به دلیل روشنی حکم و مستند بودن آن به قرآن، روایات و اجماع، در اصل حرام بودن ربا هیچ تردیدی وجود ندارد<sup>(۳)</sup>. به همین دلیل در اسلام رباخواری به شدت تحریم شده است: «و قد ثبت

---

۱- امام خمینی (ره)، پیشین، ص ۵۳۶.

۲- بند (الف) ماده (۱) قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی، ربای قرضی را این گونه تعریف می‌کند: «و آن بهره‌ایست که طبق شرط یا بنا بر روال مقرض از مقرض دریافت نماید (روزنامه رسمی ۱۱۲۵۷ - ۱۳۶۳/۷/۲).

۳- الف- آیات ۱۳۰ و ۱۳۱ سوره ال عمران:

«یا ایها الذین امنوا لا تاكلوا الربوا اضعافاً مضاعفة و اتقوا الله لعلکم تفلحون. و اتقوا النار التي اعدت للكافرين». یعنی: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، ربا را دو چند برابر نخورید، و از خدا بترسید، باشد که رستگار شوید. و از آتشی بپرهیزید که برای کافران آماده شده است».

ب- آیات ۲۷۵ و ۲۷۶ سوره بقره:

«الذین یاکلون الربوا لا یقومون الا کما یقوم الذی یتخبطه الشیطان من المس ذلک بانهم قالوا انما البیع مثل الربوا و احل الله البیع و حرم الربوا فمن جاء موعظه من ربه فانهی فله ماسلف و امره الی الله و من عاد فاولئک اصحاب النار هم فیها خالدون. یمحق الله الربوا و یربى الصدقات و الله لا یحب کل کفار اثم». یعنی: «کسانی که ربا می‌خورند بر نمی‌خیزند مگر همچون کسی که شیطان او را سخت دچار دیوانگی سازد، این از آن روست که ایشان می‌گویند: خرید و فروش نیز مانند رباست. و حال آنکه خداوندی خرید و فروش را حلال کرده است. سپس هر که اندرز پروردگارش به او رسید و (از رباخواری) دست کشید آنچه پیش تر بوده، از آن اوست و سر و کارش با خداست. اما کسی که برگردد (مجدداً مرتکب رباخواری شود) این گونه کسان اهل آتش اند و جاودانه در آن می‌مانند. خداوند (برکت) ربا را نابود می‌کند و (ثواب) صدقات را فزونی می‌بخشد. و خداوند هیچ انسان ناسپاس گنهکاری را دوست نمی‌دارد». رجوع کنید: مصطفی، خرم‌دل، تفسیر نور، چاپ اول، تهران، نشر احسان، ۱۳۷۱، ص ۴۹ و ۶۹.

حرمته بالكتاب و السنة و اجماع من المسلمین بل لا یبعد كونها من ضروریات الدین و هو من الكبائر العظام»<sup>(۱)</sup> یعنی «حرام بودن ربا، به کتاب و سنت و اجماع همه مسلمانان ثابت شده است بلکه بعید نیست که از ضروریات دین باشد و ربا از گناهان کبیره است».

#### ۱-۴-۴- تقسیم بندی قرض<sup>(۲)</sup>

در یک تقسیم بندی کلی می توانیم قرض را به دو نوع تقسیم نماییم، قرض مصرفی و قرض تولیدی (تجاری).<sup>(۳)</sup>

#### ۱-۴-۴-۱- قرض مصرفی

قرض مصرفی به قرضی اطلاق می شود که قرض گیرنده آن را برای رفع حوائج و نیازمندیهای ضروری زندگی روزمره خود می گیرد و مصرف می کند. هدف او تحصیل سرمایه، تجارت و سود نیست، بلکه برای برآوردن احتیاجات ضروری زندگی قرض می گیرد.

#### ۱-۴-۴-۲- قرض تولیدی (تجاری)

قرض تجاری به قرضی گفته می شود که گیرنده قرض، نه برای مصرف هزینه های عادی زندگی، بلکه

---

۱- امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله، جلد ۱، ص ۵۳۶.

۲- شهید مطهری، این نوع تقسیم بندی را به مصرفی ها نسبت داده اند (رجوع کنید به: مسأله ربا به ضمیمه بیمه، چاپ ششم، انتشارات صدرا، ۱۳۷۴، ص ۴۳ و ۴۴).

۳- سید محمدحسین طباطبائی، پیشین، ص ۴۱۳.

به عنوان سرمایه و بکار انداختن آن در راه تولید و تجارت می‌گیرد. او هیچگونه احتیاجی به قرض ندارد جز اینکه برای توسعه و گسترش فعالیت‌های اقتصادی و تجاری و کسب سود قرض می‌گیرد. با تحول اقتصادی که بعد از وقوع انقلاب صنعتی پدید آمد دیگر تنها کار انسان نیست که تولید سود می‌کند بلکه سرمایه و ابزار تولید سهم عمده‌ای در این راه دارند. واحدهای تجاری و تولید کنندگان برای گسترش فعالیت‌های خود و تحصیل سود بیشتر نیاز به سرمایه‌های بزرگ دارند و برای تحصیل چنین سرمایه‌هایی به اخذ وام رو می‌آورند. یعنی به جای تهیدستان و نیازمندان، ثروتمندان خواستار وام می‌شوند و وام دهندگان، پولداران متوسط و گاه کم چیزی هستند که خود توان به کار انداختن سرمایه‌شان را ندارند و یا قادر به رقابت با سرمایه بزرگ نیستند.

وام گیرندگان (واحدهای تجاری و تولید کنندگان) با اخذ وام‌های متعدد از افراد کم چیز، سرمایه کلانی را جمع می‌کنند و آنرا در کارهای سودآور به کار می‌اندازند و از این راه به سود سرشاری دست می‌یابند. و برای تشویق وام دهندگان حاضرند مقدار ناچیزی از سود حاصله را به آنان پرداخت نمایند. استاد شهید مطهری این نوع قرض را قرض استنتاجی می‌نامند (در مقابل قرض مصرفی که آنرا استهلاکی نامیده است) و در تعریف آن می‌نویسد: «شخص قرض می‌کند نه برای اینکه خود عین را مصرف بکند بلکه قرض می‌کند برای اینکه آن را استنتاج بکند یعنی از آن نتیجه‌گیری نماید. در این جا قرض کننده هیچ نوع اجباری برای قرض کردن ندارد، چون احتیاجی به مصرف کردن آن ندارد بلکه می‌خواهد سرمایه خود را زیادتر کند و سود ببرد. از بانک یا از شخص دیگری قرض می‌کند و حساب کرده که میزان بهره‌ای که بابت وام باید بدهد کمتر از میزان استفاده‌ای است که در آینده از این سرمایه خواهد داشت. مثلاً با خود می‌گوید اگر من یک میلیون تومان از بانک قرض بگیرم، در آخر سال باید صد هزار تومان به عنوان سود به بانک بپردازم، ولی حداقل دوست هزار تومان از این قرض استفاده می‌برم و

صد هزار تومانش برای خودم باقی می ماند. در این مورد دانشمندان مصری گفته اند ادله شرعی در باب ربا تماماً متوجه قرض های استهلاکی یا مصرفی است و ناظر به قرض های استنتاجی نیست»<sup>(۱)</sup>.

### ۱-۴-۵- قلمرو حرمت ربا

باتوجه به این که در پاره ای از جوامع و یا شرایط خاص درصد تورم به رقم های بالایی می رسد و گاه ارزش پول در فاصله زمان دریافت قرض و پرداخت آن، چنان کاهش می یابد که اگر جبران نشود، ستم است و در صورت جبران به هیچ روی، زیادی پرداخت نشده است تا آن ربا باشد.

به بیان دیگر باتوجه به دگرگونی ماهوی پول<sup>(۲)</sup>، بی شک زمان و مکان در ارزش آن اثر دارد. بنابراین اگر چنین است آیا می توان این امر را در مسأله ربا مورد ملاحظه قرار داد و دریافت و پرداخت زیادتی را تا حد جبران تورم و کاهش ارزش پول مجاز شمرد؟<sup>(۳)</sup> به بیان دیگر آیا می توان گفت در این گونه موارد آنچه که از این بابت پرداخت می گردد، مصداق ربا ندارد؟ یعنی بدون اینکه حکم حرمت ربا تغییر کرده باشد مصادیق ربا برحسب زمان و مکان تغییر یافته است؟ آیا می توان بین ربا در قرض مصرفی و ربا در قرض تجاری فرق گذاشت؟

بعلاوه وارد شدن مقوله هایی به نام بانک در زندگی اقتصادی بشر کنونی و تغییر و تحول در ماهیت پول، پیدایش تورم و مسائل اقتصادی دیگر، «ربا» را با همه روشنی و شفافیتی که در بعد حکم دارد از

۱- مرتضی، مطهری، پیشین، ص ۴۳.

۲- پول ارزش مبادله ای خالص اشیاء است و ارزش مصرفی آن نیز در ارزش مبادله ای آن می باشد. راجع به تعریف پول، تاریخچه آن، تحولات صورت گرفته و ... رجوع کنید به: محمدحسین، بهدادفر، مقاله پول و تورم، در مجله رهنمون، شماره ۶، پاییز ۷۳، ص ۷۰ تا ۸۷.

۳- محمدحسن، نجفی، مقاله حریم ربا، مجله فقه، شماره ۱۱-۱۲، ۱۳۷۵، صص ۳-۱۵.

جهت مصداق با ابهام روبرو ساخته است.

اینک با توجه به تقسیم‌بندی قرض، سؤال و ابهام مذکور، ضروری است قلمرو ربا مشخص شود. به بیان دیگر، آیا حرمت ربا مطلق است و شامل هر دو نوع قرض می‌گردد یا خیر؟ در اینجا دو نظریه در خصوص قلمرو حرمت را ربا بیان می‌کنیم:

#### ۱-۴-۵-۱- اطلاق حرمت ربا

عده‌ای از فقها، حرمت ربا را مطلق دانسته‌اند. یعنی هم شامل قرض مصرفی و هم قرض تجاری می‌دانند و هیچ‌گونه تفاوت و تمایزی را نمی‌پذیرند<sup>(۱)</sup>. و دلیل آنان اطلاق و عموم آیات قرآن است. «دلیل عمده بر حرمت ربای تولیدی عمومات و اطلاقات است، چیزی که مخصص و مقید شمرده شود وجود ندارد... در هر حال ظاهر این است که دلیل حرمت، عقلاً و نقلاً شامل قرض‌های تولیدی هم می‌شود»<sup>(۲)</sup>.

برخی از همین گروه<sup>(۳)</sup>، برای رهایی از بن‌بست و فرار از حکم کلی، راه‌گزین از ربا را با تمسک به روایات<sup>(۴)</sup> قبول و پیشنهاد نموده‌اند. خلاصه این پیشنهاد به شرح زیر است:

۱- امام خمینی، پیشین، ص ۴۹۵ - سیدمحمدباقر، صدر، البنك الربوی فی الاسلام، بیروت دارالتعارف المطبوعات، صص ۱۶۴-۱۸۲.

۲- مرتضی، مطهری، پیشین، ص ۱۶۲.

۳- سیدمحمدکاظم، طباطبایی یزدی، ملحقات عروة الوثقی، جلد ۲، ... ص ۴۹ - شیخ حر، عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۱۲، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۳۷۷ هجری قمری، ص ۳۸۰.

۴- به عنوان مثال این روایت: «محمد بن الحسن با سنده عن احمد بن محمد بن ابن ابی عمیر عن محمد بن اسحاق عمار قال: قلت لأبی الحسن (ع): یكون لی علی الرجل دراهم فیقول اخرنی بها و أنا اربحک، فابیعہ جبة تقوم علیّ با الف درهم بعشرة آلاف درهم، او قال: بعشرين الفا و اؤخره بالمال. قال: «بأس» یعنی: «شیخ طوسی با سند از احمد بن محمد، از ابن ابی عمیر، از محمد بن اسحاق بن

جایگزین کردن «بیع» با «قرض». اکنون که پول‌های در گردش برخلاف گذشته، برگ‌های اسکناس است. به جای وام دادن صد تومان پول و باز پس گرفتن صد و ده تومان به هنگام سررسید قرض، می‌توان صد تومان اسکناس را فروخت تا در سررسید معینی صد و ده تومان پس داده شود.

اگر چه در این معامله، عوضین (دو چیز هم جنس) را به گونه نابرابر، مبادله کرده‌اند ولی چون این دو چیز وزنی با پیمانی نیستند، ربای داد و ستدی در کار نخواهد بود<sup>(۱)</sup>. بدین سان می‌توان به جای وام دادن پول‌های که از زر و سیم نیستند آنها را فروخت و از رباگریخت<sup>(۲)</sup>.

شایان ذکر است بعضی از فقها با این راه حل مخالفت فرموده‌اند و همه راههای گریز از ربا را نادرست می‌دانند.<sup>(۳)</sup>

---

عمار نقل کرده که گفت: از امام هفتم (ع) پرسیدم:

کسی به من درهم‌هایی بدهکار است و به من می‌گوید: سررسید بازپرداخت بدهی را تأخیر انداز، تا من هم سودی به تو بپردازم. من نیز لباسی را که هزار درهم می‌ارزد به ده هزار درهم به او می‌فروشم و شاید هم گفت: بیست هزار درهم، آن‌گاه بازپرداخت مال را به تأخیر می‌اندازم. حضرت فرمود: باکی نیست «رجوع کنید، شیخ حر، عاملی، پیشین ص ۳۸۰ به بعد).

۱- سید محمد کاظم، یزدی، پیشین، ص ۵۰ - آیت‌الله خوبی، رساله عملیه، قم، چاپخانه مهر، ۱۴۰۹ هجری قمری، ص ۵۲۸.

۲- برای ارزیابی این راه گریز رجوع کنید به: شهید مرتضی، مطهری، پیشین، صص ۲۰۸ - ۲۱۲ - شهید سید محمد باقر، صدر، پیشین، صص ۱۶۴ - ۱۸۲.

۳- امام خمینی در تحریر الوسیله، جلد ۱، ص ۴۹۵ می‌فرماید: «قد ذکر و التخلّص من الربا وجوهاً مذکورة فی الکتب، و قد جدّدت النظر فی المسألة، فوجرت أن التخلّص من الربا غیر جائز بوجه من الوجوه، و الجائز هو التخلّص من المماثلة مع التفاضل...» یعنی: «برای گریز از ربا راههایی را در کتابها آورده‌اند. من مسأله را بازمینی کردم و به این نتیجه رسیده‌ام که گریز از ربا با هیچ یک از آن راهها، جایز نیست. آنچه جایز است، رهایی از مبادله دو کالای هم جنس با اختلاف در اندازه است...» - سید محمد باقر، صدر، پیشین، ص ۱۸۰.



## ۱-۴-۵-۲- اختصاص ربا به قرض های مصرفی

برخی از فقها، حرمت ربا را به قرض مصرفی اختصاص داده‌اند و تسری آن به قرض تجاری (تولید) را بعید دانسته‌اند<sup>(۱)</sup>. زیرا در قرآن ربا در مقابل صدقه قرار داده شده: *يُمَحِّقُ اللَّهُ الرَّبْوَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ*. همچنین در روایات مسأله تعاطف و تراحم به عنوان تحریم ربا مطرح است و واضح است که آن علت اختصاص به قرض مصرفی دارد.<sup>(۲)</sup>

در قرض تجاری، نه تنها ظلمی به مقترض نمی‌شود بلکه لطفی است در حق او که با سرمایه قرضی به سود سرشاری دست می‌یابد. اگر در قرض مصرفی، مقترض در حالت درماندگی، اضطرار و فقر ناچار به استقراض می‌شود و چنانچه بهره‌ای افزون بر مبلغ قرض از او گرفته شود، باعث ظلمی بزرگ به او می‌شود که او را برای همیشه در فقر و فلاکت نگاه می‌دارد. در قرض تجاری، مقترض، شخصی ثروتمند معمولاً سرمایه‌دار که نه از روی اجبار و ناچار و برای رفع نیازها و احتیاجات اولیه دست به استقراض می‌زند بلکه برای توسعه دامنه فعالیت و گسترش واحد تجاری یا تولیداتش با هدف دست‌یابی به سود بیشتر قرض می‌کند. و گرفتن سود از او نه تنها ظلم و ستمی نیست بلکه نپرداختن سود به نوعی بی‌عدالتی محسوب می‌گردد. لذا حکم تحریم ربا اختصاص به قرض مصرفی دارد نه قرض تجاری.

## ۱-۴-۶- نتیجه بحث

(۱) باتوجه به تقسیم‌بندی قرض به قرض مصرفی و قرض تجاری (تولیدی) و فتاوی فقهای عظام، می‌توان گفت که بهره ناشی از ورقه قرضه طبق نظر گروه اول (اطلاق حرمت ربا) در هر حال ربا و حرام

۱- برای دیدن نظرات فقها رجوع کنید: شیخ محمدحسن، نجفی، پیشین، جلد ۲۳، ص ۳۳۴.

۲- شهید مطهری، پیشین، صص ۱۶۱-۱۶۰.

است. اما اگر اوراق قرضه را قرض تولیدی (تجاری) بدانیم. به موجب نظر گروه دوم (اختصاص ربا به قرض های مصرفی)، بهره ناشی از اوراق قرضه مصداق ربا ندارد.

۲- نظر مورد اختیار: هرچند از لحاظ اخلاقی و عاطفی بین قرض مصرفی و تولیدی فرق هست اما باتوجه به اینکه ماهیت حقوقی هر دو یکی است و تفاوتی میان آن دو نیست به نظر می رسد نظریه اطلاق حرمت ربا ارجح است. شورای نگهبان نیز در سال ۱۳۷۷ به موجب نظریه ای موادی از قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه به دلیل اینکه اخذ بهره را برای اوراق قرضه جایز دانسته است، خلاق موازین شرع اعلام نموده است.<sup>(۱)</sup>

۱- روزنامه رسمی ۱۵۴۹۷ - ۷۷/۲/۲۴

# فصل دوم

## احکام و آثار اوراق مشارکت

## ۲-۱- کلیات

در فصل اول، احکام و آثار اوراق قرضه در شرکتهای سهامی مورد بررسی قرار گرفت و به این نتیجه رسیدیم که اوراق مذکور به دلایل متعددی مورد استفاده واقع نشده و مقررات آن عملاً به صورت یک قانون متروک<sup>(۱)</sup> درآمده است.

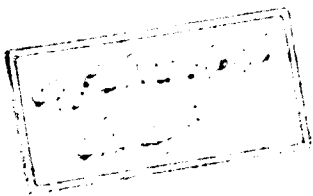
پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قانون اساسی خاصه اصل چهارم آن<sup>(۲)</sup>، شبهه ربوی بودن بهره حاصل از این اوراق مزید بر علت شد و فرصت استفاده از این اوراق برای همیشه از بین رفت. از طرف دیگر، نیاز جامعه به سرمایه‌گذاری کلان در زمینه‌های عمرانی، تولیدی، خصوصاً بعد از پایان جنگ و آغاز بازسازی و آبادانی کشور ضرورت استفاده از سرمایه‌های کوچک و پراکنده مردم بیشتر احساس می‌شد.

تا اینکه اوراق جدیدی به نام «اوراق مشارکت» در عرصه اقتصادی و حقوقی کشور وارد شد. در این فصل مسایل مربوط به این اوراق، مورد تجزیه و تحلیل واقع می‌شود.

---

۱- قانون متروک بی‌آنکه به طور صریح یا ضمنی نسخ شده باشد در عرف متروک می‌شود و مدتها بدون اجرا می‌ماند این گونه قوانین علیرغم آنکه نسخ شده نیستند، نمی‌توان در شمار قلمرو قواعد حقوقی آورد، زیرا به منزله جسم بی‌روحي است که هیچ اثری در زندگی و برقراری نظم و عدالت ندارد. (ناصر، کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، پیشین، ص ۱۴۸).

۲- «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی، و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است» (اصل چهارم قانون اساسی).



## ۲-۱-۱- سابقه و مستندات قانونی اوراق مشارکت

(۱) اولین ضوابط راجع به اوراق مشارکت، «مقررات ناظر بر اوراق مشارکت» مصوب ۱۳۷۳/۴/۴ شورای پول و اعتبار و دستورالعمل اجرایی آن مصوب بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران است. (۲) تبصره ۸۵ «قانون برنامه پنجاه ساله دوم توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۲۰ آذرماه ۱۳۷۳<sup>(۱)</sup> مقرر می‌دارد:

«الف- به وزارت مسکن و شهرسازی (سازمان ملی زمین و مسکن) اجازه داده می‌شود برای تجهیز سرمایه در بخش مسکن از طریق بانک مسکن نسبت به انتشار اوراق مشارکت مسکن اقدام نماید. وجوه حاصل از فروش اوراق مزبور صرفاً به مصرف اجرای طرحهای بخش مسکن خواهد رسید و مصرف این گونه وجوه از شمول قانون محاسبات عمومی کشور مستثنی خواهد بود. وزارت امور اقتصادی و دارایی به نمایندگی از جانب دولت بازخرید اوراق مزبور و سود متعلقه را تضمین خواهد کرد. آیین نامه اجرایی این تبصره حداکثر ظرف سه ماه از تاریخ تصویب این قانون توسط وزارت مسکن و شهرسازی و وزارت امور اقتصادی و دارایی و بانک مرکزی تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.

ب- اوراق مشارکت، اوراق بهاداری است که به قیمت اسمی مشخص منتشر می‌شود و به سرمایه‌گذاران که قصد مشارکت در اجرای طرحهای زیربنایی، تولیدی و ساختمانی را دارند به فروش می‌رسد. خریداران این اوراق به نسبت قیمت اسمی در سود حاصل از اجرای طرح مزبور شریک خواهند شد. خرید و فروش این اوراق مستقیماً یا از طریق بورس اوراق بهادار مجاز می‌باشد».

همچنین در بند ۲ بخش سوم (سیاست‌های کلی) قانون یاد شده تحت عنوان «سیاست پولی و تنظیم بازار» آمده است:

---

۱- روزنامه رسمی شماره ۱۴۵۱۵ مورخ ۱۳۷۳/۱۰/۸. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۳، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران ص ۷۶۹ به بعد).

«تکمیل و توسعه بازارهای موجود از قبیل بازار پول، سرمایه، کار و خدمات:

۲-۱-۱- انتشار اوراق مشارکت و سرمایه‌گذاری به عنوان یکی از روش‌های کارآمد سیاست‌های پولی و مالی مدنظر قرار می‌گیرد و در این ارتباط زمینه‌های لازم برای استفاده از ابزارهای مالی جدید نظیر اوراق مشارکت و... که مقبولیت عمومی داشته باشد فراهم خواهد شد و مکانیزم‌های لازم برای آن طراحی خواهد گردید»<sup>(۱)</sup>.

به استناد تبصره ۸۵ فوق‌الذکر، آئین‌نامه اجرایی آن بنا به پیشنهاد مشترک وزارت مسکن و شهرسازی، وزارت امور اقتصادی و دارایی و بانک مرکزی، در جلسه مورخ ۱۳۷۴/۵/۱۸ هیأت وزیران در ۱۵ ماده و ۳ تبصره به تصویب رسید<sup>(۲)</sup>. که ناظر بر انتشار اوراق مشارکت مصوب ۱۳۷۳/۴/۴ شورای پول و اعتبار (به شرح مذکور در بند (۱) بالا) است<sup>(۳)</sup>.

۳) در تبصره ۳۹ قانون بودجه سال ۱۳۷۵ کل کشور آمده بود:<sup>(۴)</sup>

«به وزارت مسکن و شهرسازی اجازه داده می‌شود برای تکمیل عملیات اجرائی آن دسته از بیمارستانهای موضوع طرحهای شماره ... از سرمایه‌های مردم به طریق مشارکت استفاده نماید. دولت

---

۱- روزنامه رسمی شماره ۱۴۵۱۵ مورخ ۱۳۷۳/۱۰/۸ (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۳، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۸۲۹).

۲- روزنامه رسمی شماره ۱۴۶۹۷ مورخ ۱۳۷۴/۵/۳۱ (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۴، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۳۳۹-۳۴۱).

۳- شرکت‌های زیر براساس همین ضوابط و دستورالعمل اجرایی آن مبادرت به انتشار اوراق مشارکت نموده‌اند:

الف- شرکت مسکن‌سازان خراسان. (روزنامه همشهری و قدس مورخ ۱۳۷۶/۴/۱).

ب- شرکت ایران خودرو. (روزنامه اطلاعات مورخ ۱۳۷۶/۷/۱۳).

ج- شرکت عمران شهرهای جدید (روزنامه همشهری مورخ ۱۳۷۶/۲/۱۵).

۴- روزنامه رسمی شماره ۱۴۸۵۰ مورخ ۱۳۷۴/۱۲/۳، (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۴، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران ص ۹۰۰).

مكلف است پس از تکمیل هر واحد بیمارستانی و دانشگاهی، آن را به مأخذ هزینه‌های تمام شده دوره ساخت با احتساب سود قطعی مربوط به اوراق مشارکت، خریداری نماید. اوراق مشارکت سرسیدی متفاوت و متناسب با دوره ساخت و تکمیل پروژه خواهد داشت و در بورس اوراق بهادار به صورت دست دوم قابل معامله و نقل و انتقال خواهد بود».

۴) در بند ه تبصره ۱۶ قانون بودجه سال ۱۳۷۶ کل کشور به دولت اجازه داده شد که جهت تسریع در اجرای عملیات طرحهای عمرانی ملی مندرج در ...، تا مبلغ دو هزار و دویست و پنجاه میلیارد ریال اوراق مشارکت در سال ۱۳۷۶ منتشر نماید. (۱)

همچنین در ماده (۱) آئین‌نامه اجرایی تبصره مذکور، مصوب ۱۳۷۶/۱/۱۰ هیأت وزیران، به کلیه دستگاههای اجرایی استانی اجازه داده شده که برای اجرا و تکمیل پروژه‌های عمرانی خود به استثنای پروژه‌های مربوط به ساختمان‌های اداری، از مشارکت مردم استفاده کنند. (۲)

بخشی از مقررات اجرایی انتشار اوراق مشارکت در تبصره‌های ۲ و ۳ ماده ۱۳ آئین‌نامه اجرایی مذکور به شرح زیر آمده است: (۳)

«تبصره ۲- مدت اوراق مشارکت موضوع این آئین‌نامه و سود علی‌الحساب ذی‌ربط به پیشنهاد شورای پول و اعتبار به تصویب هیأت وزیران می‌رسد.

تبصره ۳- سازمان برنامه و بودجه به نمایندگی دولت بازخرید اوراق مشارکت موضوع این آئین‌نامه و

---

۱- روزنامه رسمی شماره ۱۵۱۴۳ مورخ ۷۵/۱۲/۴ (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۵، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۸۳۶).

۲- روزنامه رسمی شماره ۱۵۱۸۲ مورخ ۱۳۷۶/۱/۲۸ (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۲).

۳- همان، ص ۵.

سود متعلق آن را تضمین می‌کند».

در تبصره ۳۹ قانون بودجه سال ۱۳۷۶ کل کشور به وزارتخانه‌های مسکن و شهرسازی، فرهنگ و آموزش عالی و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی اجازه داده شده برای تکمیل عملیات اجرایی طرح‌های بیمارستانی و طرح‌های دانشگاهی و پژوهشی از اوراق مشارکت استفاده نمایند.<sup>(۱)</sup>

همانگونه مشاهده می‌شود قواعد و مقررات واحد و منسجمی در مورد شرایط و نحوه انتشار اوراق مشارکت نیست. به همین دلیل در تاریخ ۳۰ شهریورماه ۱۳۷۶، لایحه پیشنهادی شماره ۱۵۲۸۰/۶۲۶۰۰ دولت در مجلس شورای اسلامی طرح شد و «قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت»<sup>(۲)</sup> مشتمل بر ۱۳ ماده و ۷ تبصره به تصویب رسید.<sup>(۳)</sup>

ماده ۳ قانون مذکور انتشار اوراق مشارکت از طرف دولت را محدود به میزانی می‌نماید که در قوانین بودجه سالانه کل کشور پیش‌بینی می‌شود.

۵) در راستای اجرای ماده ۳ یاد شده، تبصره ۴۸ قانون بودجه سال ۱۳۷۷ کل کشور به وزارت نیرو و شرکتها و سازمانهای تابعه آن اجازه داده که برای تکمیل اجرایی طرح‌های تأمین آب و شبکه‌های آبیاری و زهکشی تا مبلغ سیصد میلیارد ریال، اوراق مشارکت، عرضه نماید.<sup>(۴)</sup>

---

۱- روزنامه رسمی شماره ۱۵۱۴۳ مورخ ۷۵/۱۲/۴ (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۵، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۸۶۳).

۲- از این پس از قانون مذکور با علامت اختصاری ق.ا.م. نام می‌بریم.

۳- روزنامه رسمی شماره ۱۵۳۲۸ مورخ ۱۳۷۶/۷/۲۰ (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۵۶۲ تا ۵۶۵). شایان ذکر است که «شرکت داروسازی تبریز» براساس این قانون و آئین‌نامه اجرایی آن مبادرت به صدور آگهی انتشار اوراق مشارکت در روزنامه اطلاعات مورخ ۱۳۷۷/۹/۱۵ نموده است.

۴- روزنامه رسمی شماره ۱۵۴۴۳ مورخ ۱۳۷۶/۱۲/۹ (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۱۰۰-۱۰۹۹).



بالاخره اینکه آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت، در تاریخ ۱۳۷۷/۵/۱۸ در ماده ۳۸ ماده به تصویب هیأت وزیران رسید.<sup>(۱)</sup>

## ۲-۱-۲- تعریف اوراق مشارکت

اوراق مشارکت، اوراق بهادار با نام یا بی‌نام است که به موجب قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت مصوب ۱۳۷۶ به قیمت اسمی مشخص برای مدت معین منتشر می‌شود و به سرمایه‌گذارانی که قصد مشارکت در اجرای طرح‌های عمرانی انتفاعی دولت، سودآور تولیدی و ساختمانی و خدماتی را دارند، واگذار می‌گردد.

دارندگان این اوراق به نسبت قیمت اسمی و مدت زمان مشارکت در سود حاصل از اجرای طرح مربوط شریک خواهند بود. خرید و فروش این اوراق مستقیماً و یا از طریق بورس اوراق بهادار مجاز می‌باشد.<sup>(۲)</sup>

## ۳-۱-۲- بررسی نکات و اصطلاحات مذکور در تعریف اوراق مشارکت

### ۱-۳-۱-۲- اوراق بهادار

طبق بند ۲ ماده ۱ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵<sup>(۳)</sup>، اوراق بهادار عبارتست از

۱- روزنامه رسمی شماره ۱۵۵۹۵ مورخ ۱۳۷۷/۷/۲۱

۲- ماده ۲ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت (روزنامه رسمی شماره ۱۵۳۲۸ - ۱۳۷۶/۷/۲۰) (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۵۶۳).

۳- روزنامه رسمی ۲۴۷ - ۱۳۴۵/۵/۱۱ (مجموعه قوانین سال ۱۳۴۵، روزنامه رسمی، ص ۸۰).

سهام شرکتهای سهامی و اوراق قرضه<sup>(۱)</sup> صادر شده از طرف شرکتهای و شهرداریها و مؤسسات وابسته به دولت و خزانه‌داری کل که قابل معامله و نقل و انتقال هستند.

با تصویب بند (ب) تبصره ۸۵ قانون برنامه پنجساله دوم اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران<sup>(۲)</sup>، اوراق مشارکت نیز در ردیف اوراق بهادار قرار گرفت.

## ۲-۱-۳-۲- بانام و یا بی نام بودن اوراق مشارکت

همانگونه که سهام شرکتهای سهامی ممکن است با نام یا بی نام باشد (تبصره ۱ ماده ۲۴ ل.ا.ق.ت) ورقه مشارکت نیز می تواند بصورت با نام و یا بی نام صادر شود.

ورقه مشارکت بی نام به صورت سند در وجه حامل تنظیم و ملک دارنده شناخته می شود مگر خلاف آن ثابت گردد. بدیهی است نقل و انتقال آن با قبض و اقباض به عمل می آید.<sup>(۳)</sup>

## ۲-۱-۳-۳- طرحهای که برای اجرای آنها انتشار اوراق مشارکت مجاز است

این طرحها عبارتند از: طرحهای سودآور خدماتی، تولیدی و ساختمانی که از طرف شرکتهای دولتی و شهرداریها، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی، شرکتهای سهامی عام و خاص و شرکت تعاونی تولیدی اجرا می شود. انتشار اوراق مشارکت از طرف دولت صرفاً برای طرحهای عمرانی -

---

۱- اوراق قرضه قبل از انقلاب اسلامی بنا به دلایلی که در فصل یکم ذکر شد با اقبال روپرو نشد و پس از انقلاب نیز شبیه ربوی بودن بهره، مزید بر علت شد و مقررات راجع به آن به صورت یک قانون متروک درآمد (رجوع شود به فصل یکم این پایان نامه).

۲- روزنامه رسمی ۱۴۵۱۵ - ۱۳۷۳/۱۰/۸ (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۳، روزنامه جمهوری اسلامی ایران، ص ۸۰۹).

۳- مستفاد از ماده ۳۹ ل.ا.ق.ت.

انتفاعی<sup>(۱)</sup> مجاز می باشد.<sup>(۲)</sup>

## ۲-۱-۳-۴- مشارکت در سود

دارنده ورقه مشارکت، نسبت به میزان سرمایه گذاری (قیمت اسمی ورقه) و مدت زمان مشارکت در سود حاصل از اجرای طرح مربوط شریک خواهد بود.<sup>(۳)</sup>

## ۲-۱-۳-۵- بورس اوراق بهادار

بورس اوراق بهادار، بازار خاصی است که در آن داد و ستد اوراق بهادار (سهام شرکت‌های سهامی، اوراق قرضه و اوراق مشارکت) توسط کارگزاران بورس<sup>(۴)</sup> طبق مقررات قانون تأسیس بورس اوراق بهادار

---

۱- طرح‌های عمرانی - انتفاعی دولت طرحی است که در مدت معقولی پس از شروع بهره‌برداری علاوه بر تأمین هزینه‌های جاری و استهلاك سرمایه، سود متناسبی به تبعیت از سیاست دولت را نیز عاید نماید. منظور از انتفاع، انتفاع مالی است به نحوی که فایده‌های ناشی از بهره‌برداری طرح قابل فروش و قابل تقویم به پول باشد. (شق الف بند (۱۰) ماده (۱) قانون برنامه و بودجه کشور همچنین ماده ۱ آئین‌نامه اجرایی ق.ا.م.)

۲- ماده ۳ ق.ا.م. (منبع پیشین).

۳- ماده ۲ ق.ا.م. و آئین‌نامه اجرایی آن. به نظر می‌رسد این امر تاسی از ماده ۵۷۵ قانون مدنی است هر چند بین مفهوم شریک در قانون مدنی و مقررات اوراق مشارکت فرق هست که در جای خود بدان اشاره خواهد شد. شایان ذکر است دارندگان اوراق مشارکت علی‌رغم این که در سود حاصل از اجرای طرح مربوط شریک هستند هیچ‌گونه دخالتی در اداره امور شرکت‌های سهامی و یا طرح‌های عمرانی - انتفاعی دولت، ندارند و ناشرین این اوراق از طرف سرمایه‌گذاران، وکیل در اجرای طرح و اقدامات لازم، می‌باشند (ماده ۳ آئین‌نامه اجرایی ق.ا.م.)

۴- کارگران بورس اشخاصی هستند که شغل آنها داد و ستد اوراق بهادار است و معاملات در بورس منحصرأً توسط این اشخاص انجام می‌گیرد.

انجام می‌گیرد.<sup>(۱)</sup>

## ۲-۱-۴- امتیازات اوراق مشارکت

اوراق مشارکت دارای امتیازاتی به شرح زیر است:

### ۲-۱-۴-۱- تضمین بازپرداخت اصل سرمایه و سود علی‌الحساب<sup>(۲)</sup>

این مهم‌ترین امتیاز برای دارندگان آن محسوب می‌گردد.<sup>(۳)</sup>

### ۲-۱-۴-۲- منتفع شدن از سود تحقق یافته

که ممکن است از سود علی‌الحساب بیشتر باشد در حالیکه در اوراق قرضه، سود قطعی در زمان صدور آن و بیش از مبلغ تعیین شده سود پرداخت نمی‌شود.

### ۲-۱-۴-۳- مصون بودن اصل سرمایه از ضرر

حتی اگر اجرای طرح زیان‌آور باشد نه تنها تأثیری در بازپرداخت اصل سرمایه دارنده اوراق مشارکت ندارد بلکه سود علی‌الحساب نیز به آن تعلق می‌گیرد.

---

۱- بند (۱) ماده (۱) قانون تأسیس بورس اوراق بهادار. (روزنامه رسمی ۲۴۷ - ۱۱/۵/۱۳۴۵).

۲- در خصوص تفاوت بهره و سود علی‌الحساب در جای خود بحث خواهد شد.

۳- مواد ۳ و ۵ ق.ا.م و ماده ۱۵ آئین‌نامه اجرایی آن.

## ۲-۱-۴-۴- قابل نقل و انتقال بودن اوراق مشارکت

اوراق مشارکت قابل خرید و فروش در بورس اوراق بهادار می باشد<sup>(۱)</sup>. اگر ورقه مشارکت بی نام باشد به صرف قبض و اقباض منتقل می گردد.<sup>(۲)</sup>

## ۲-۱-۴-۵- قابل تبدیل یا تعویض بودن با سهام

اوراق مشارکت قابل تبدیل به سهام، اوراقی است که توسط شرکت های سهامی عام منتشر و در سررسید نهایی یا زمان تحقق افزایش سرمایه به سهام شرکتهای موضوع طرح اوراق مشارکت تبدیل می گردد.

در صورتیکه شرکت سهامی عام، مبادرت به صدور اوراق مشارکت قابل تبدیل به سهام نماید، مجمع عمومی فوق العاده شرکت بنا به پیشنهاد هیأت مدیره و گزارش خاص بازرس یا بازرسان شرکت اجازه انتشار اوراق مشارکت را می دهد و شرایط و مهلتی را که طی آن دارندگان این گونه اوراق خواهند توانست اوراق خود را به سهام شرکت تبدیل کنند تعیین و اجازه افزایش سرمایه را به هیأت مدیره خواهد داد.<sup>(۳)</sup>

اوراق مشارکت قابل تعویض با سهام، اوراقی که توسط شرکت سهامی عام منتشر و در سررسید نهایی با سهام سایر شرکت های پذیرفته شده در سازمان بورس اوراق بهادار تعویض می شود<sup>(۴)</sup>. در

---

۱- قسمت اخیر ماده (۲) ق.ا.م و ماده (۳) آئین نامه اجرایی تبصره (۸۵) قانون برنامه پنجساله دوم توسعه، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (روزنامه رسمی ۱۴۶۹۷ - ۱۳۷۴/۵/۳۱).

۲- ماده (۳۹) ل.ا.ق.م.

۳- ماده (۳۰) آئین نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت.

۴- ماده (۶) ق.ا.م و ماده (۱) آئین نامه اجرایی قانون مذکور.

صورتی که شرکت سهامی عام مبادرت به صدور اوراق مشارکت قابل تعویض با سهام نماید موظف است حداقل به میزان اوراق مشارکت قابل تعویض، موجودی سهام شرکت‌های مذکور را تا سررسیدهای نهایی اوراق مشارکت نگهداری نماید.<sup>(۱)</sup>

#### ۲-۱-۴-۶- معافیت معاملات اوراق مشارکت از پرداخت مالیات

معاملات این اوراق از مالیات معاف بوده و به سود آن نیز فقط بطور مقطوع پنج درصد (۵٪) مالیات تعلق می‌گیرد.<sup>(۲)</sup>

#### ۲-۱-۴-۷- حق تقدم در خرید سهام

دارندگان این اوراق در شرکت‌های سهامی خاص وابسته به اشخاص حقوقی حقوق عمومی (منظور شرکت‌های سهامی خاص وابسته به دولت یا شرکت‌های دولتی و ... می‌باشد) در صورت تبدیل شرکت به سهامی عام<sup>(۳)</sup> در خرید سهام از حق اولویت برخوردار می‌باشند<sup>(۴)</sup>. بنابراین در شرکت‌های سهامی خاص بخش خصوصی به علت اینکه با حق تقدم سهامداران در خرید سهام جدید شرکت، منافات دارد، این

---

۱- ماده ۲۹ آئین‌نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت.

۲- ماده ۷ ق.ا.م.

۳- ماده ۲۷۸ ل.ا.ق.ت مقرر می‌دارد: «شرکت سهامی خاص در صورتی می‌تواند به شرکت سهامی عام تبدیل شود که: اولاً موضوع به تصویب مجمع عمومی فوق‌العاده شرکت سهامی خاص رسیده باشد. ثانیاً سرمایه آن حداقل به میزانی باشد که برای شرکت‌های سهامی عام مقرر شده است و یا شرکت سرمایه خود را به میزان مذکور افزایش دهد. ثالثاً، دو سال تمام از تاریخ تأسیس و ثبت شرکت گذشته و دو ترازنامه آن به تصویب مجمع عمومی صاحبان سهام رسیده باشد. رابعاً اساسنامه آن با رعایت مقررات این قانون در مورد شرکت‌های سهامی عام تنظیم یا اصلاح شده باشد».

۴- ماده (۸) ق.ا.م.

اولویت برای دارندگان اوراق مشارکت وجود ندارد.

## ۲-۱-۴-۸- ربوی نبودن سود متعلق به این اوراق

برخلاف اوراق قرضه که به دارندگان آن بهره می‌دهند و این بهره نیز خلاف شرع است<sup>(۱)</sup>، سود متعلق به اوراق مشارکت ربوی نیست.

---

۱- به فصل یکم این پایان‌نامه رجوع کنید.

## ۲-۲- شرایط انتشار اوراق مشارکت

انتشار اوراق مشارکت مستلزم رعایت شروطی است که قانونگذار با توجه به مصلحت جامعه و جهت حمایت از خریداران اوراق مشارکت پیش‌بینی نموده است. این شرایط به نسبت اینکه ناشر<sup>(۱)</sup> چه شخصی باشد متفاوت خواهد بود.

### ۲-۲-۱- شرایط انتشار اوراق مشارکت توسط دولت

#### ۲-۲-۱-۱- طرح اجرایی باید عمرانی - انتفاعی باشد

انتشار اوراق مشارکت توسط دولت صرفاً برای تأمین منابع مالی مورد نیاز جهت اجرای طرح‌های عمرانی - انتفاعی مجاز است.<sup>(۲)</sup>

#### ۲-۲-۱-۲- رعایت میزان و سقف انتشار اوراق مشارکت

میزان و سقف انتشار اوراق مشارکت در قوانین بودجه سالانه کشور پیش‌بینی می‌شود. بنابراین دولت فقط تا میزان تعیین شده در قانون بودجه سالانه کشور<sup>(۳)</sup>، مجاز به انتشار اوراق مشارکت می‌باشد.

---

۱- ناشر عبارتست از دولت، شرکت‌های دولتی، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی، شهرداری‌ها و مؤسسات عام‌المنفعه، شرکت‌های تعاونی تولید و شرکت‌های سهامی عام و خاص که به موجب ماده (۱) ق.ا.م. اجازه انتشار اوراق مشارکت دارند، (ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی ق.ا.م).

۲- طرح عمرانی - انتفاعی، طرحی است که در مدت معقولی پس از شروع به بهره‌برداری، علاوه بر تأمین هزینه‌های جاری و استهلاک سرمایه، سود متناسبی به تبعیت از سیاست دولت نیز عاید نماید. (شق الف بند (۱۰) ماده (۱) قانون برنامه و بودجه کشور (روزنامه رسمی ۸۲۱۰ - ۱۳۵۲/۱/۱۲).

۳- بعنوان مثال تبصره‌های ۱۶ و ۳۹ قانون بودجه سال ۱۳۷۶ و تبصره ۳۹ قانون بودجه سال ۱۳۷۵ و تبصره ۴۸ قانون بودجه سال ۱۳۷۷.



## ۲-۲-۱-۳- تضمین بازپرداخت اصل سرمایه و سود علی الحساب

بازپرداخت اصل سرمایه و سود علی الحساب اوراق مشارکت صادره توسط دولت باید توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی به نمایندگی دولت تضمین گردد.<sup>(۱)</sup>

در صورتیکه طرحهای عمرانی، انتفاعی دولت مندرج در قوانین بودجه سالانه کل کشور، توسط شرکتهای دولتی و شهرداریها اجرا گردد مشمول این حکم می باشد.<sup>(۲)</sup>

## ۲-۲-۱-۴- نظارت امین

امین<sup>(۳)</sup> در مورد طرحهای عمرانی، انتفاعی دولت سازمان برنامه و بودجه است.

## ۲-۲-۱-۵- عدم مصرف وجوه حاصله در غیر اجرای طرح مربوط

مصرف وجوه حاصل از واگذاری اوراق مشارکت در غیر اجرای طرحهای مربوط در حکم تصرف غیرقانونی در وجوه و اموال عمومی محسوب خواهد شد.<sup>(۴)</sup>

۱- تبصره ذیل ماده (۱) ق.ا.م.

۲- تبصره ذیل ماده (۳) ق.ا.م. شایان ذکر است چنانچه شرکتهای دولتی و شهرداریها، مجری طرحهای عمرانی - انتفاعی دولت نباشد و خود رأساً اقدام به انتشار اوراق مشارکت نمایند، تضمین بازپرداخت اصل سرمایه و سود علی الحساب توسط خود آنها باید به عمل آید نه توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی (ماده ۵ ق.ا.م).

۳- امین، شخص حقیقی یا حقوقی است که از طرف بانک مرکزی انتخاب می شود و به منظور حفظ منافع دارندگان اوراق مشارکت و حصول اطمینان از صحت عملیات ناشر در طرح نسبت به مصرف وجوه، نحوه نگهداری حسابها و صورتهای مالی عملکرد اجرایی ناشر به موجب قرارداد منعقد شده، مستمراً رسیدگی و اظهار نظر می نماید (ماده (۱) آیین نامه اجرایی ق.ا.م).

۴- ماده (۱۰) ق.ا.م و ماده (۴) آیین اجرایی آن.

## ۲-۲-۲- شرایط انتشار اوراق مشارکت توسط سایر اشخاص حقوقی

### ۲-۲-۲-۱- سود آور بودن طرح

انتشار اوراق مشارکت توسط شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و مؤسسات عام‌المنفعه و شرکت‌های وابسته به دستگاه‌های مذکور (از جمله شرکت‌های سهامی عام و خاص وابسته به این گونه مؤسسات) همچنین شرکت‌های سهامی عام و خاص و شرکت‌های تعاونی تولیدی طبق ماده ۱ ق.ا.م. فقط برای اجرای طرح‌های «سودآور»<sup>(۱)</sup> تولیدی، ساختمانی و خدماتی مجاز می‌باشد.

### ۲-۲-۲-۲- توجیه فنی - اقتصادی و مالی طرح

مجوز انتشار اوراق مشارکت برای این ناشرین، توسط بانک مرکزی، بعد از بررسی طرح در صورتیکه دارای توجیهات کامل اقتصادی فنی و مالی باشد، داده می‌شود.<sup>(۲)</sup>

### ۲-۲-۲-۳- تضمین و تعهد به بازپرداخت اصل و سود علی الحساب

این گونه متقاضیان در صورت انتشار اوراق مشارکت، مکلف‌اند بازپرداخت اصل سرمایه و سود متعلق به آن را تعهد و تضمین نمایند.<sup>(۳)</sup>

---

۱- تشخیص «سودآور» بودن طرح به عهده بانک مرکزی و تایید بانک عامل است. (ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی ق.ا.م).

۲- ماده ۴ ق.ا.م.

۳- ماده ۵ ق.ا.م و مواد ۱۲ و ۱۵ آیین‌نامه اجرایی آن.

## ۲-۲-۲-۲- رعایت میزان انتشار اوراق مشارکت

حداکثر میزان (سقف) اوراق مشارکت قابل انتشار برای این گونه ناشرین، می‌بایستی متناسب با خالص دارایی‌ها (مجموع دارایی‌ها منهای مجموع بدهی‌ها) باشد. (۱)

## ۲-۲-۲-۵- تصویب مجمع عمومی یا شورای عالی شرکتهای دولتی

درخواست انتشار اوراق مشارکت به وسیله شرکتهای دولتی قبل از ارائه به بانک مرکزی باید به تصویب مجمع عمومی و یا شورای عالی شرکتهای مربوط رسیده باشد. (۲)

---

۱- تبصره ۳ ماده ۳ ق.ا.م.

۲- تبصره ۱ ماده ۴ ق.ا.م.

## ۲-۳- اشخاصی که مجاز به انتشار اوراق مشارکت هستند

اشخاص حقیقی به هیچ وجه مجاز به انتشار اوراق مشارکت نیستند و از میان اشخاص حقوقی تنها اشخاص زیر مجاز به انتشار اوراق مشارکت هستند: (۱)

### ۲-۳-۱- دولت

منظور از دولت قوه مجریه و هیأت دولت به معنای اخص در برابر قوای مقننه و قضائیه می باشد. قانون اساسی هیأت وزیران را به عنوان یک شخص حقوقی با حقوق و تکالیف مشخص شناخته است. (۲)

هیأت دولت به ریاست رئیس جمهور (یا در غیاب او به ریاست معاون اول ریاست جمهوری) متشکل از وزراء و معاونان او می باشد. (۳)

بنابراین قوای مقننه و قضائیه و هیچ کدام از نهادهای وابسته به آنها (مانند سازمان بازرسی کل کشور، دیوان عدالت اداری، مجلس شورای اسلامی، شورای نگهبان، دیوان محاسبات و ...) مجاز به انتشار اوراق مشارکت نیستند.

### ۲-۳-۲- شرکت های دولتی

شرکت دولتی واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه قانون به صورت شرکت ایجاد شود و یا به

۱- ماده (۱) ق.ا.م.

۲- اصول (۶۰)، (۷۴)، (۸۹)، (۱۲۴)، (۱۲۷) و (۱۳۴ تا ۱۳۹) قانون اساسی (سیدمحمد، هاشمی، پیشین، صص ۲۷۱-۲۷۲).

۳- مواد ۲، ۳ و ۴ آیین نامه داخلی هیأت دولت.

حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی شده و یا مصادره شده و به عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰٪ از سرمایه آن متعلق به دولت باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه گذاری شرکت های دولتی ایجاد شود، مادام که بیش از پنجاه درصد آن متعلق به شرکت های دولتی است، شرکت دولتی تلقی می شود.<sup>(۱)</sup>

### ۲-۳-۳- شهرداری ها، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و شرکت های وابسته به آنها

ماده (۱) ق.ا.م شهرداری ها را در کنار مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی بطور جداگانه ذکر نموده است در حالیکه به موجب قانون «فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی»<sup>(۲)</sup> شهرداری ها و شرکت های وابسته به آنان جزء یکی از نهادهای عمومی غیردولتی می باشد و لزومی به ذکر جداگانه آن نبوده است.

مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی، واحدهای سازمانی مشخصی هستند که با اجازه قانون به منظور انجام وظایف خدماتی که جنبه عمومی دارد تشکیل شده یا می شود.<sup>(۳)</sup>

فهرست این قبیل مؤسسات و نهادها منوط به پیشنهاد دولت و تصویب مجلس شورای اسلامی است. به موجب قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی، مصوب ۱۳۷۳<sup>(۴)</sup> و اصلاحات بعدی آن، فهرست این نهادها و مؤسسات به شرح زیر است:

۲-۳-۳-۱- شهرداری ها و شرکت های تابعه آنان مادام که بیش از ۵۰ درصد سهام و سرمایه آنها

۱- ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور (روزنامه رسمی ۱۲۴۰۰ - ۱۳۶۶/۶/۳۱).

۲- روزنامه رسمی ۱۴۳۹۵ - ۱۳۷۳/۵/۱۹.

۳- ماده (۵) قانون محاسبات عمومی کشور (روزنامه رسمی ۱۲۴۰۰ - ۱۳۶۶/۶/۳).

۴- روزنامه رسمی ۱۴۳۹۵ - ۱۳۷۳/۵/۱۵.

متعلق به شهرداری‌ها باشد. (۱)

۲-۳-۳-۲- بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی. (۲)

۲-۳-۳-۳- هلال احمر (۳)

۲-۳-۳-۴- کمیته امداد امام (۴)

۲-۳-۳-۵- بنیاد شهید انقلاب اسلامی (۵)

۲-۳-۳-۶- بنیاد مسکن انقلاب اسلامی (۶)

۲-۳-۳-۷- کمیته ملی المپیک ایران (۷)

۲-۳-۳-۸- بنیاد ۱۵ خرداد (۸)

۲-۳-۳-۹- سازمان تبلیغات اسلامی. (۹)

۱- در هر محل که جمعیت آن حداقل به پنج هزار نفر بالغ باشد شهرداری تأسیس می‌گردد. شهرداری دارای شخصیت حقوقی است.

(مواد ۱ و ۳ قانون شهرداری مصوب ۱۱ تیر ۱۳۳۴ و اصلاحیه‌های بعدی - روزنامه رسمی ۳۰۷۱ - ۱۳۳۴/۶/۲).

۲- اساسنامه بنیاد مستضعفان و جانبازان مصوب ۱۵/۷/۱۳۷۰ که به توشیح مقام معظم رهبری رسیده است.

۳- قانون اساسنامه جمعیت هلال احمر مصوب ۱۳۶۷/۲/۸ مجلس شورای اسلامی (روزنامه رسمی ۱۲۶۰۸ - ۱۳۶۷/۳/۲۲).

۴- کمیته امداد به فرمان حضرت امام خمینی (ره) تأسیس شده است.

۵- قانون اساسنامه بنیاد شهید انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۷۷/۲/۲۷ مجلس شورای اسلامی (روزنامه رسمی ۱۵۵۲۵ -

۱۳۷۷/۳/۲۸).

۶- اساسنامه بنیاد مسکن انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۶۶/۹/۱۷ مجلس شورای اسلامی (روزنامه رسمی ۱۲۵۰۳ - ۱۳۶۶/۱۱/۴).

۷- اساسنامه کمیته ملی المپیک ایران مصوب ۱۳۵۸/۱۲/۱۵ شورای انقلاب اسلامی (مجموعه قوانین سال ۱۳۵۸ روزنامه رسمی

جمهوری ایران).

۸- به فرمان حضرت امام (ره) تشکیل شده است.

۹- زیر نظر مقام معظم رهبری اداره می‌شود.

۲-۳-۳-۱۰- سازمان تأمین اجتماعی. (۱)

۲-۳-۳-۱۱- جهاد دانشگاهی. (۲)

## ۲-۳-۴- مؤسسات عام المنفعه و شرکت های وابسته به آنها

مقاصد این گونه مؤسسات، معمولاً امور علمی، ادبی یا امور خیریه و امثال آن می باشد و ممکن است مقصود از تشکیل آن جلب منافع باشد. این مؤسسات از زمانی که در دفتر ثبت اسناد و املاک به ثبت می رسند دارای شخصیت حقوقی می گردند (۳). البته ثبت آنها منوط است به اینکه مقاصد آنها مخالف نظم عمومی یا نامشروع نباشد (۴). این مؤسسات می توانند عناوینی از قبیل انجمن، کانون یا بنگاه و امثال آن اختیار نمایند. (۵)

## ۲-۳-۵- شرکت های سهامی عام و خاص

شرکت سهامی، شرکتی است که سرمایه آن به سهام تقسیم شده و مسئولیت صاحبان سهام محدود

۱- اساسنامه سازمان تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۸/۶/۱۰ هیأت وزیران (روزنامه رسمی ۱۰۰۷۵ - ۱۳۵۸/۷/۳).

۲- قانون الحاق جهاد دانشگاهی به فهرست قانون نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی. (روزنامه رسمی ۱۵۴۱۲ - ۱۳۷۶/۱۰/۲۹).

۳- ماده ۵۸۴ قانون تجارت: «تشکیلات و مؤسساتی که برای مقاصد غیرتجارتی تأسیس شده یا بشوند از تاریخ ثبت در دفتر ثبت مخصوصی که وزارت عدلیه معین خواهد کرد، شخصیت حقوقی پیدا می کنند».

۴- ماده ۵۸۶ قانون تجارت: «مؤسسات و تشکیلاتی را که مقاصد آنها خلاف با انتظامات عمومی یا نامشروع است نمی توان ثبت کرد».

۵- تبصره ماده (۱) آیین نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیرتجارتی.

به مبلغ اسمی سهام آنهاست که به دو نوع تقسیم می‌شود.<sup>(۱)</sup>

الف- شرکت سهامی عام: شرکتی که مؤسسين آن، قسمتی از سرمایه شرکت را از طریق فروش سهام به مردم تأمین می‌کنند.

ب- شرکت سهامی خاص: شرکتی که تمام سرمایه آن در موقع تأسیس منحصرأ توسط مؤسسين تأمین گردد.

## ۲-۳-۶- شرکت‌های تعاونی تولیدی

شرکت‌های تعاونی براساس «قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران»<sup>(۲)</sup> مصوب ۱۳۷۰/۶/۱۳ مجلس شورای اسلامی ایجاد و اداره می‌شوند. شرکت‌های تعاونی به انواع مختلفی تقسیم شده‌اند که یکی از آنها، شرکت تعاونی تولید است. شرکت تعاونی تولید، شامل تعاونی‌هایی است که در امور مربوط به کشاورزی، دامداری، دامپروری، پرورش و صید ماهی، شیلات، صنعت، معدن، عمران شهری و روستایی و عشایری و نظایر اینها فعالیت می‌نمایند.<sup>(۳)</sup>

۱- مواد (۱) و (۴) ل.ا.ق.ت.

۲- روزنامه رسمی ۱۳۵۷۲ - ۱۳۷۰/۷/۲۲.

۳- ماده ۲۶ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی، ماده ۱۹۰ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱. شرکت تعاونی تولید را این‌گونه تعریف کرده بود: شرکت تعاونی تولید شرکتی است که بین عده‌ای از ارباب حرف تشکیل می‌شود و شرکاء شاغل خود را برای تولید و فروش اشیاء یا اجناس بکار می‌برند. مواد قانونی مربوط به شرکت‌های تعاونی مندرج در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ با قانون شرکت‌های تعاونی مصوب ۱۳۵۰ نسخ گردید و قانون اخیر نیز با قانون بخش تعاونی یاد شده، نسخ شده است.



## ۲-۳-۷- نتیجه بحث

با ملاحظه اشخاصی که مجاز به انتشار اوراق مشارکت هستند، روشن شد که از شرکتهای تجاری موضوع ماده (۲۰) قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، فقط شرکتهای سهامی عام و خاص و تعاونی تولید مجاز به عرضه اوراق مشارکت هستند و شرکتهای با مسئولیت محدود، تضامنی، نسبی، مختلط سهامی و مختلف غیرسهامی همچنین سایر انواع شرکتهای تعاونی مجاز به انتشار اوراق مشارکت نیستند.

لذا این سؤال مطرح است که چرا این شرکتهای تجاری نتوانند از این ابزار بسیار مهم تأمین منابع مالی استفاده بکنند مگر چه تفاوتی بین شرکت سهامی خاص با شرکت با مسئولیت محدود وجود دارد که اولی مجاز به انتشار اوراق هست ولی دومی نه؟

به نظر می‌رسد این امر بر می‌گردد به موضوع و حوزه فعالیت این نوع شرکت‌ها. زیرا هدف از انتشار اوراق مشارکت جمع‌آوری سرمایه‌های خرد و پراکنده برای اجرای طرحهای معمولاً عظیمی است که نیاز به سرمایه کلان و امکانات گسترده‌ای دارد. در حالیکه شرکتهای خصوصی اولاً موضوع آنها در اساسنامه مشخص شده و ممکن است، اجرای طرح‌های که انتشار اوراق مشارکت برای آنها مجاز است (طرح‌های تولیدی، خدماتی و ساختمانی) موضوع آنها نباشد.

ثانیاً با فرض اینکه موضوع شرکت برای اجرای طرحهای مجاز ممکن باشد، حوزه فعالیت آنها معمولاً آنقدر وسیع نیست که قادر به اجرای طرحهای عظیم و ملی باشند.

احتمال دارد نظر مقنن جلب اطمینان و اعتماد مردم باشد که در طول چند سال اخیر با ظهور

شرکتهای خصوصی کلاهبردار تحت عنوان مضاربه‌ای، خاطره خوشی از آنها ندارند.

## ۲-۴- ماهیت حقوقی اوراق مشارکت

مهم‌ترین بحثی که در خصوص اوراق مشارکت به نظر می‌رسد تبیین و تحلیل ماهیت حقوقی آن است. با عنایت به مقررات حاکم بر انتشار اوراق مشارکت، اشخاص متعددی در ایجاد، صدور و عرضه آن دخیل هستند:

۱- ناشر - که عبارتست از دستگاه دولتی یا غیردولتی که اجازه انتشار اوراق مشارکت را دارد.<sup>(۱)</sup>

۲- گیرندگان اوراق مشارکت (سرمایه‌گذاران)

۳- عامل - عامل عبارتست از بانکی که از طرف ناشر نسبت به عرضه اوراق مشارکت، پرداخت سود علی‌الحساب و قطعی، بازپرداخت اصل سرمایه و کسر مالیات طبق قرارداد عاملیت اقدام می‌نماید.<sup>(۲)</sup>

همچنین گزارش توجیهی فنی - اقتصادی و مالی طرح باید به تائید عامل برسد.

۴- بانک مرکزی - اعطای مجوز انتشار اوراق مشارکت به ناشر در صورتیکه جهات فنی، اقتصادی و مالی طرح به تائید برسد، به عهده بانک مرکزی است.

۵- هیأت تشخیص که انتفاعی بودن طرح‌های عمرانی دولت را مورد تائید قرار می‌دهد.

قرارداد اصلی واگذاری اوراق مشارکت بین ناشر و سرمایه‌گذاران منعقد می‌شود و قراردادی مانند سایر عقود و قراردادهاست. اما مقنن برای حفظ حقوق سرمایه‌گذاران و ایجاد اطمینان و جلوگیری از سوء استفاده‌های احتمالی، تشریفات خاصی را برای انعقاد این قرارداد پیش‌بینی نموده است.<sup>(۴)</sup>

---

۱ و ۲- ماده (۱) آئین‌نامه اجرایی ق.ا.م.

۳- تبصره (۱) ماده (۵) همچنین ماده (۱۰) آیین‌نامه اجرایی ق.ا.م.

۴- بنابراین قرارداد واگذاری اوراق مشارکت از جمله عقود تشریفاتی است. همچنین قانونگذار اراده طرفین را محدود نموده و در چارچوب خاصی که خود پیش‌بینی کرده، این قرارداد را می‌پذیرد (برای دیدن مفهوم عقود تشریفاتی همچنین عوامل محدودکننده

بنابراین مانند سایر قراردادها و عقود رعایت شرایط اساسی صحت معاملات<sup>(۱)</sup> در قرارداد واگذاری اوراق مشارکت نیز لازم و ضروریست. بدین ترتیب واگذاری اوراق مشارکت در زمره اعمال حقوقی (قرارداد) است.

اینک که ماهیت حقوقی اوراق مشارکت مشخص شد دو سؤال در اینجا مطرح می‌شود:

- ۱- این قرارداد در قالب کدام یک از عقود معین؛ شرکت، مضاربه، جعاله، قرض یا جعاله می‌گنجد؟ آیا بکار بردن کلمه «خرید» یا «فروش» در بعضی از مقررات قانونی<sup>(۲)</sup> و اطلاعیه‌ها و آگهی‌های مندرج در روزنامه‌ها، و محاورات می‌توان گفت که قرارداد واگذاری اوراق مشارکت، بیع است.
- ۲- آیا ضرورتی هست که قرارداد واگذاری اوراق مشارکت، حتماً در قالب یکی از عقود معین توجیه شود؟ یا با وجود ماده (۱۰) قانون مدنی<sup>(۳)</sup> نیازی به این امر نیست؟

## ۲-۴-۱- تمییز قرارداد واگذاری اوراق مشارکت از سایر عقود

تعریفی که قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت و آیین نامه اجرایی آن از اوراق مشارکت کرده است. این

---

اصل آزادی قراردادها مراجعه شود به، کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها - جلد اول - چاپ دوم - تهران شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۲ - شماره ۴۶ - ص ۱۴۸.

۱- ماده ۱۹۰ قانون مدنی.

۲- بعنوان مثال ماده (۳) آیین نامه اجرایی ق.ا.م. می‌گوید: «... با فروش اوراق مشارکت ...». ماده (۱۱) همین آیین نامه مقرر می‌دارد: «در صورت فروش صد در صد اوراق مشارکت ...». همچنین مواد (۱) و (۵) آیین نامه اجرایی تبصره ۸۵ قانون برنامه پنجساله دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (روزنامه رسمی ۱۴۶۹۷ - ۱۳۷۴/۵/۳۱). قابل توجه اینکه در متن مواد و تبصره‌های قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت از کلمات خرید، و فروش استفاده نشده است.

۳- ماده (۱۰) قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده‌اند در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

قرارداد را از سایر قراردادها متمایز می‌کند. ولی چون ابهاماتی در آن وجود دارد. احتمال دارد که بتوان این قرارداد را در قالب یکی از عقود معین معرفی نمود. اشاره به بعضی از آنها مفهوم و ماهیت حقوقی این قرارداد را مشخص می‌سازد.

#### ۲-۴-۱-۱ - قرارداد واگذاری اوراق مشارکت و بیع

در قرارداد اوراق مشارکت، ناشر سرمایه‌گذاران را برای اجرای طرح‌های عمرانی - انتفاعی دولت<sup>(۱)</sup> و طرح‌های سودآور، تولیدی، خدماتی و ساختمانی به مشارکت می‌طلبد و برای اینکه سرمایه‌گذاران را تشویق به مشارکت نماید. همچنین جلب اعتماد و اطمینان آنان، بازپرداخت اصل سرمایه و پرداخت سود علی‌الحساب به آنان را تضمین می‌کند. با این عمل قبول می‌کند چنانچه طرح با ضرر مواجه یا سود ناچیزی از آن عاید شود، هیچگونه ضرری متوجه اصل سرمایه آنان نیست و سود پرداختنی نیز حداقل از سود علی‌الحساب کمتر نخواهد بود.

و آنچه که به نام «اوراق مشارکت» به سرمایه‌گذاران می‌دهد در واقع برگه‌ایست که نشان دهنده قرارداد سرمایه‌گذاری با شرایط خاص می‌باشد.

در بیع، بایع مبیع را به مشتری می‌فروشد و در مقابل، ثمن آن را دریافت می‌کند و مبیع باید دارای اوصاف خاصی<sup>(۲)</sup> باشد.

آیا در قرارداد اوراق مشارکت، ناشر این اوراق را به سرمایه‌گذاران می‌فروشد!؟

---

۱- رجوع کنید به ماده (۱) ق.ا.م. همچنین ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی آن.

۲- ماده ۳۴۸ قانون مدنی: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت ندارد و یا منفعت عقلائی یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است...».

آیا صرف ورقه مشارکت ارزش و مالیت دارند؟

اگر جواب سئوالات فوق مثبت باشد، ورقه مشارکت به ملکیت سرمایه گذاران در می آید و ناشر یک برگه کاغذ را به ثمن زیادی فروخته است.

در حالیکه از لحاظ عقلی و منطقی نمی توان چنین قراردادی را بیع دانست. لذا آنچه که تحت عنوان خرید یا فروش اوراق مشارکت مطرح می شود مسامحه در بکارگیری الفاظ است و شاید بتوان گفت، بکارگیری لفظ در مورد با توجه قرینه و قبول عرف به معنای مجازی باشد نه معنای حقیقی.

شایان ذکر است که عبارت: «خرید و فروش این اوراق مستقیماً و یا از طریق بورس اوراق بهادار مجاز می باشد» مذکور در قسمت اخیر ماده (۲) ق.ا.م. ناظر به مرحله دیگری است که با قرارداد اولیه واگذاری اوراق مشارکت فرق دارد.

در مرحله اول، قرارداد مشارکت توسط سرمایه گذار و ناشر منعقد می شود اما در مرحله دوم، سرمایه گذار (دارنده ورقه مشارکت) سهم شرکت خود را به شخص ثالثی منتقل می کند و شخص ثالث قائم مقام او در قرارداد مشارکت می شود. به کار بردن خرید یا فروش در این مرحله به معنای حقیقی کلمه است و آنچه که از لحاظ حقوقی نیز اتفاق می افتد بیع است. سرمایه گذار (دارنده ورقه مشارکت) نه تنها می تواند آنرا بفروشد می تواند به عنوان مالک تحت هر عنوان دیگری (هبه، صلح و ...) به شخص دیگری منتقل کند. آنچنانکه دارنده ورقه سهم در شرکت های سهامی می تواند، سهام خود را به دیگری منتقل کند<sup>(۱)</sup> و یا شرکای شرکتهای تجارتهای با رعایت شرایط مربوط، سهم شرکت خود را به دیگری

---

۱- ماده (۵۸۳) قانون مدنی: «هر یک از شرکاء می تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند».

منتقل کنند.<sup>(۱)</sup>

## ۲-۴-۱-۲- قرارداد اوراق مشارکت و مضاربه

همانطور که گفتیم ماهیت حقوقی قرارداد اوراق مشارکت با مقررات بیع سازگاری ندارد و در قالب عقد مذکور نمی‌گنجد اینک برآنیم که عقد مضاربه را با مقررات قرارداد اوراق مشارکت مورد بررسی قرار دهیم.

مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد، با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند، صاحب سرمایه مالک و عامل را مضارب نامیده می‌شود. (ماده ۵۴۶ قانون مدنی).

طبق قواعد مضاربه، سود حاصله در نتیجه تجارت عامل با سرمایه، از آن طرفین است. و ضرر احتمالی متوجه سرمایه مالک است و ضرری که متوجه عامل است این است که در مقابل اعمالی که انجام داده چیزی عایدش نشده است.

آیا در مورد اوراق مشارکت می‌توان گفت، سرمایه‌گذار بعنوان مالک سرمایه می‌دهد و ناشر بعنوان عامل با آن تجارت می‌کند، و طرفین در سود حاصله شریک هستند؟

عقد مضاربه، از ترکیب چندین عقد بوجود آمده است و مانند سایر عقود (بیع، اجاره، و ...) ماهیت حقوقی بسیط و مستقل ندارد<sup>(۲)</sup>. زیرا به اعتباری عامل، بعنوان وکیل صاحب سرمایه تجارت می‌کند به

---

۱- ماده (۱۰۲) قانون تجارت: «... سهم‌الشرکه را نمی‌توان منتقل به غیر نمود مگر با رضایت عده از شرکاء که لااقل سه ربع سرمایه متعلق به آنها بوده و اکثریت عددی نیز داشته باشند». همچنین ماده ۱۲۳ همان قانون: «در شرکت تضامنی هیچ یک از شرکاء نمی‌تواند سهم خود را به دیگری منتقل کند مگر به رضایت تمام شرکاء».

۲- ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکتها و صلح، پیشین، ص ۱۰۸.

لحاظی، امین می باشد زیرا سرمایه و سود حاصله در دست او امانت است<sup>(۱)</sup> بعلاوه اگر سودی حاصل شود مالک و عامل در آن شریک هستند و از این جنبه شرکت است.<sup>(۲)</sup>  
در عقد مضاربه سه عنصر یا رکن اساسی وجود دارد:

۱- سرمایه‌ای که مالک برای تجارت به عامل می دهد.

۲- کاری (تجارت) عامل برای به کار انداختن و اداره سرمایه انجام می دهد.

۳- سودی که در نتیجه تجارت عامل با سرمایه بدست می آید و عامل و مالک در آن شریک هستند.

آیا این سه عنصر در قرارداد اوراق مشارکت هم وجود دارد؟

صاحب سرمایه (مالک)، سرمایه خود را برای اجرای طرحهای عمرانی - انتفاعی به دولت یا برای اجرای طرح‌های سودآور تولیدی، ساختمانی و خدماتی (که از مصادیق بارز اعمال تجاری محسوب می شوند خصوصاً با وجود قید سودآور در ماده ا.ق.م در اختیار ناشرین غیردولتی (عامل) قرار می دهد لذا عنصر اول (سرمایه‌ای که مالک برای تجارت به عامل می دهد) در قرارداد اوراق مشارکت وجود دارد.

ناشر سرمایه را در کارهای انتفاعی و سودآور بکار می اندازد<sup>(۳)</sup> در واقع با آن تجارت می کند بنابراین عنصر دوم نیز در قرارداد اوراق مشارکت وجود دارد.

اما عنصر سوم، قسمت اخیر ماده (۲) ق.ا.م به صراحت بیان می دارد: «دارندگان این اوراق به نسبت قیمت اسمی و مدت زمان مشارکت، در سود حاصل از اجرای طرح مربوط شریک خواهند بود».

---

۱- مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تعدی و تفریط (ماده ۵۵۶ قانون مدنی).

۲- سیدعلی، حائری شاه‌باغ، شرح قانون مدنی، جلد ۱، چاپ اول با ویرایش جدید، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۴۹۹ - محمدحسن، نجفی، پیشین، ص ۴۵۸ - ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکتها - صلح، پیشین، ص ۱۰۸.

۳- ماده (۱) ق.ا.م.

بنابراین ملاحظه می‌شود که سه عنصر: سرمایه، کار تجاری و شریک بودن در سود در قرارداد اوراق مشارکت وجود دارد.

نکته قابل توجه پرداخت سود علی‌الحساب در قرارداد اوراق مشارکت است که در عقد مضاربه وجود ندارد.

سود علی‌الحساب را به این شکل توجیه نموده‌اند که با پرداخت سود علی‌الحساب اگر چه عین پول پرداختی، به ملکیت سرمایه‌گذار در می‌آید ولی ذمه وی تا زمان معلوم شدن سود قطعی، معادل همان مبلغ به نفع ناشر مشغول می‌گردد. که این، بیان‌کننده مفهوم «قرض» در عقد اسلامی می‌باشد. بدین ترتیب، ماهیت حقوقی وجوهی که تحت عنوان سود علی‌الحساب به سرمایه‌گذاران، پرداخت می‌گردد تنها در قالب مفهوم «قرض» قابل توجیه و تبیین می‌باشد. یعنی ناشر سود علی‌الحساب را به سرمایه‌گذار «قرض» می‌دهد و تملیک قطعی را به زمان محاسبه سود قطعی طرح، موکول می‌نماید.<sup>(۱)</sup>

بنابراین پرداخت سود علی‌الحساب در قرارداد اوراق مشارکت موجبی برای تفاوت و افتراق آن به عقد مضاربه نیست.

حال که روشن شد سه رکن اصلی و اساسی عقد مضاربه در قرارداد اوراق مشارکت نیز وجود دارد، سایر مقررات و شرایط مضاربه را مورد بررسی قرار می‌دهیم و آنرا با قرارداد اوراق مشارکت می‌سنجیم:

۱- سرمایه‌ای که از طرف مالک برای تجارت به عامل داده می‌شود باید «وجه نقد»<sup>(۲)</sup> باشد لذا

۱- مراجعه شود به صفحه ۸۵ همین پایان‌نامه.

۲- ماده ۵۴۷ قانون مدنی: «سرمایه باید وجه نقد باشد».

اما در خصوص وجه نقد بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. گروهی ارزشهای خارجی را در حکم کالا دانسته‌اند. نه وجه نقد (سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۲، ص ۹۹ - سیدعلی حائری شاه‌باغ، شرح قانون مدنی، جلد (۱) ص ۵۰۰-۴۹۹) و عده‌ای دیگر ارزشهای خارجی را به حکم عرف «وجه نقد» دانسته‌اند (کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکاتها - صلح، پیشین، ص ۱۱۳ -



سرمایه‌ای که برای مضاربه داده می‌شود نباید در زمره کالاها باشد.

در قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت این امر (وجه نقد بودن سرمایه) بطور صریح نیامده است اما باتوجه به مجموعه مقررات حاکم بر این اوراق و عمر سه، چهار ساله‌ای که از انتشار این اوراق می‌گذرد و همچنین با عنایت به ماده ۱۰ قانون مذکور که اشاره به وجوه حاصل از واگذاری اوراق مشارکت می‌کند به خوبی پیداست که در قرارداد اوراق مشارکت نیز سرمایه باید وجه نقد باشد و از این لحاظ تفاوتی با عقد مضاربه ندارد.

۲- مضاربه عقدی است جایز. (ماده ۵۵۰ قانون مدنی). مضاربه چون در زمره عقود جایز

(وکالت، ودیعه، عاریه و...) قرار دارد بنابراین به فوت یا حجر احد طرفین منفسخ می‌شود (بند ۱ ماده ۵۵۱ و ماده ۹۵۴ قانون مدنی). اما در قوانین و آیین‌نامه‌های مربوط به اوراق مشارکت به جایز بودن قرارداد نه تنها تصریح نشده بلکه ماده‌ای که به طور ضمنی این برداشت از آن بشود نیز وجود ندارد لذا طبق اصل لزوم<sup>(۱)</sup> در مواردی که تصریح به جایز بودن قراردادی نشده باید معتقد به لازم بودن قرارداد بود<sup>(۲)</sup> و در فوت، جنون و سفه دارنده ورقه مشارکت یا واگذاری آن، به ترتیب وارث، قیم و منتقل‌الیه، قائم‌مقام او محسوب می‌شوند و تأثیری در قرارداد مشارکت ندارد.

شاید در ابتدا این گونه به نظر برسد که چون مضاربه عقد جایز است و قرارداد مشارکت در قانون

---

محمد، عبده بروجردی، حقوق مدنی، پیشین ص ۳۱۲. رأی هیأت عمومی دیوانعالی کشور نظر گروه دوم را تایید نمود. (نقل از کیهان شماره ۵۳/۱۱/۲۶).

۱- اصالة اللزوم: عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله و یا بعلت قانونی فسخ شود» (ماده ۲۱۹ قانون مدنی).

۲- ناصر، کاتوزیان، اعمال حقوقی، قرارداد، ایقاع، چاپ اول، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۰، ص ۲۱ و قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ دوم ۱۳۷۲.

نحوه اوراق مشارکت، عقد لازم، پس این دو عقد با هم تفاوت دارند. اما باید گفت، جایز بودن، مقتضای ذات و در زمره اوصاف اساسی عقد مضاربه نیست. البته این حکم در همه عقود جایز، جاریست.<sup>(۱)</sup> بنابراین می توان به وسیله شرط ضمن عقد لازم، آنرا لازم گردانید آن چنانکه ماده ۶۷۹ قانون مدنی بیان می دارد: «موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد».

خصوصیتی در عقد وکالت نیست و از طریق وحدت ملاک می توان گفت در همه عقود جایز این حکم جاری می باشد.<sup>(۲)</sup>

۳- وضع حقوق صادرکننده اوراق مشارکت (ناشر) نسبت به سرمایه و مقایسه آن با وضع عامل در مضاربه. ناشر بعد از دریافت سرمایه، وکیل سرمایه گذاری محسوب می شود<sup>(۳)</sup> و به وکالت از طرف سرمایه گذاران می تواند نسبت به مصرف وجوه جهت اجرای طرح و خرید و فروش هرگونه کالا، خدمت و دارایی مربوط به طرح اقدام نماید.

- 
- ۱- ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین ۴، چاپ دوم، تهران، انتشارات مدرس، ۱۳۷۶، ص ۲۰۲.
- البته بسیاری از فقها جایز بودن مضاربه را مقتضای ذات عقد دانسته اند و بعضی از حقوقدانان نیز بر همین عقیده هستند. (نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۴۵۹ - بروجردی، محمد عبده، حقوق مدنی، ص ۳۰۵ - مصطفی، عدل، (منصورالسلطنة) حقوق مدنی، چاپ اول با اضافات، قزوین، بحرالعلوم، شماره ۵۱۶).
- ۲- سیدحسن، امامی، پیشین، ص ۱۰۴ - سیدمحمدکاظم، طباطبائی یزدی، پیشین، ص ۲۴۵.
- ۳- هر ورقه مشارکت نشان دهنده میزان قدرالسهم دارنده آن در مشارکت است. با فروش اوراق مشارکت رابطه وکیل و موکل بین «ناشر» و خریدار اوراق محقق می شود. ناشر به وکالت از طرف خریداران اوراق می تواند نسبت به مصرف وجوه حاصل از فروش اوراق جهت اجرای طرح و خرید و فروش هرگونه کالا، خدمت و دارایی مربوط به طرح اقدام نماید. انتقال اوراق به اختیار تفویضی تحت عنوان وکالت، خدشه وارد نمی نماید و این رابطه تا سررسید اوراق بین ناشر و دارندگان اوراق نافذ و معتبر است. (ماده ۲ آیین نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت. روزنامه رسمی ۱۵۵۹۵ - ۱۳۷۷/۶/۲۱). همچنین ماده ۵ آیین نامه اجرایی تبصره ۸۵ قانون برنامه دوم ... (روزنامه رسمی ۱۴۶۹۷ - ۱۳۷۴/۵/۳۱).

در مضاربه نیز، عامل، به عنوان وکیل مالک عمل می‌کند و ملتزم به حفظ مادی سرمایه و جلوگیری از تلف اعتباری آن در جریان فعالیت تجارتي می‌باشد.

شایان به ذکر است تعهد عامل در راه حفظ سرمایه و بهره‌برداری صحیح از آن، تعهد به وسیله است نه تعهد به نتیجه<sup>(۱)</sup>. لذا اگر عامل مواظبت‌های لازم را به عمل آورد ولی کوشش او به ثمر نرسد و سرمایه از بین برود، مسئول نخواهد بود. اما در قرارداد اوراق مشارکت به نظر می‌رسد که تعهد ناشر، تعهد به نتیجه است یعنی تعهد می‌نماید ضرری به سرمایه، سرمایه‌گذار وارد نشود و چنانچه ضرری حتی خارج از اراده او به سرمایه وارد آمد، او مسئول خواهد بود.

اکنون این سؤال مطرح است. آیا در عقد مضاربه که تعهد عامل، تعهد به وسیله است، می‌توان شرط کرد که عامل حتی در صورت عدم تقصیر، ضامن سرمایه باشد یعنی تعهد او را به تعهد به نتیجه تبدیل نمود؟

همانگونه که پیش‌تر گفتیم در قرارداد اوراق مشارکت، نه تنها چنین شرطی به صراحت توسط قانونگذار تایید شده حتی تضمین بازپرداخت اصل سرمایه از شرایط انتشار اوراق مشارکت می‌باشد.<sup>(۲)</sup> اما در عقد مضاربه، قانون مدنی چنین شرطی را نپذیرفته است و آنرا خلاف مقتضای مضاربه شمرده است و به همین دلیل نیز ماده ۵۵۸ مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است...».

۱- ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکتها - صلح، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۳، ص ۱۲۹.

۲- مواد (۳) و (۵) ق.ا.م. همچنین مواد (۷) و (۱۲) آیین‌نامه اجرایی آن.

## ۲-۴-۱-۳- قرارداد اوراق مشارکت و جعاله<sup>(۱)</sup>

جعاله عبارتست از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین. ملتزم را جاعل، طرف را عامل و اجرت را جعل می‌گویند (ماده ۵۶۱ ق.م.آیا در قرارداد اوراق مشارکت جاعل و عامل مشخص هستند؟ مثلاً ناشر اعلام بکند هرکس در اجرای این طرح سرمایه‌گذاری کند در سود حاصل از آن به نسبت سرمایه و زمان مشارکتش، سهمی باشد و طرف دیگر (سرمایه‌گذار) عمل نظر او (سرمایه‌گذاری) را انجام دهد یعنی ناشر جاعل و سرمایه‌گذار عامل است. چنانچه جعاله را ایقاع بدانیم با قرارداد اوراق مشارکت که یک عقد است، تطابقی ندارد و اگر بنا به عقیده اکثر حقوقدانان کشورمان<sup>(۲)</sup>، جعاله را عقد بدانیم، باز هم تطابقی بین این دو نیست. در جعاله بعد از اینکه عامل، عمل مورد نظر جاعل را انجام داد. جعل را می‌گیرد و رابطه آنها خاتمه می‌یابد. اما در قرارداد اوراق مشارکت با سرمایه‌گذاری و قرارداد واگذاری اوراق مشارکت، رابطه سرمایه‌گذاران با ناشر به تنها خاتمه نمی‌یابد بلکه تازه از این بعد آثار قرارداد ظاهر می‌شود.

بنابراین قرارداد اوراق مشارکت با جعاله (اعم از اینکه آنرا عقد بدانیم یا ایقاع) بسیار تفاوت دارد.

---

۱- قانون مدنی در خصوص اینکه جعاله عقد است یا ایقاع، حکم صریحی ندارد. بین استادان حقوق مدنی و فقهاء نیز اتفاق نظر وجود ندارد، گروهی آنرا ایقاع می‌دانند. (محمد بروجردی، حقوق مدنی، ص ۲۱۷، شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام ج ۳۵، ص ۱۸۷) و گروهی نیز ماهیت جعاله را عقد می‌دانند (مصطفی عدل، حقوق مدنی، ص ۳۶۹ - دکتر حسن امامی، ج ۲، ص ۱۲۱ - شهید ثانی، مسالک، ج ۲، کتاب جعاله).

۲- برای تفصیل بیشتر رجوع کنید به:

ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکتها - صلح، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۳، ص ۲۴۴.

سید حسن، امامی، حقوق مدنی، جلد (۲)، چاپ هفتم، تهران، انتشارات کتابخانه اسلامی، ۱۳۷۰، ص ۱۲۱.

مصطفی، عدل، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، چاپ اول با اضافات، قزوین، بحرالعلوم، ۱۳۷۳، ص ۳۶۹.

## ۲-۴-۱-۴- قرارداد اوراق مشارکت و شرکت مدنی<sup>(۱)</sup>

شایان ذکر است منظور از شرکت مدنی «مال مشترک» نیست بلکه «شرکت عقدی»<sup>(۲)</sup> مورد نظر است. در قانون مدنی ماده مستقلی که به صراحت «عقد شرکت»<sup>(۳)</sup> را تعریف کند وجود ندارد و ماده ۵۷۱ ناظر به تعریف اشاعه و مالکیت مشاع می‌باشد و این دو بسیار تفاوت دارند.

اولی عقد است بنابراین مانند سایر عقود باید در آن شرایط عمومی صحت معاملات رعایت شود، شرکاء دارای اهلیت باشند و ... اما دومی عقد نیست بلکه می‌تواند به نوعی اثر عقد تلقی شود یا اسباب دیگری مانند ارث و مزج داشته باشد و اصولاً غیراختیاری است. به هر حال در تعریف «شرکت» می‌توان گفت:

«عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص، به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقصود دیگر، حقوق خود را در میان می‌نهند تا بجای آن مالک سهمی

---

۱- این اصطلاح در مقابل «شرکت تجاری» که در حقوق تجارت مورد بحث قرار می‌گیرد بکار رفته است.

۲- تعریف ماده ۵۷۱ قانون مدنی از شرکت در واقع تعریف مالکیت مشاع است: «شرکت عبارتست از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه» به نظر می‌رسد این تعریف از کتاب شرایع الاسلام، محقق حلی ترجمه شده باشد. ایشان در تعریف شرکت می‌فرمایند: «الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشيء ولو احدى على سبيل الشیاع». به نقل از کاشانی، محمود، مقاله شرکت مدنی، مجله دانشکده حقوق شهید بهشتی، شماره دوم (۱۳۶۵).

۳- در فقه نیز در خصوص وجود عقد مستقلی به نام شرکت سه نظر وجود دارد: الف- گروهی از فقهاء معتقدند که یک عقد مستقلی به نام شرکت وجود ندارد زیرا شرکت نتیجه امتزاج و اشاعه در مالکیت است و این نتیجه ممکن است در اثر یکی از عقود معین (بیع، صلح و ...) یا بطور قهری (ارث، مزج) به دست آید. ب- عده‌ای دیگر شرکت را عقد می‌دانند ولی شرط صحت آن ممزوج شدن مال دو شریک است. ج- بالاخره گروهی دیگر از فقهاء متأخر معتقدند شرکت یک عقد مستقل است و امتزاج شرط تحقق آن نیست. (شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۲۴ - شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۲۲۸ - مصطفی عدل، حقوق مدنی، شماره ۶۳۱، ناصر، کاتوزیان، مشارکتها و صلح، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۳، ص ۱۲ - محمود، کاشانی، منبع پیشین، ص ۲۸ - سیدعلی، حائری‌شاه‌باغ، شرح قانون مدنی، جلد اول، چاپ اول با ویرایش جدید، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۵۲۹-۵۲۵).

از مشاع این مجموعه شوند»<sup>(۱)</sup>. با تعریفی که بعمل آمد عناصر و ارکان این عقد عبارتند از:

۱- هر یک از شرکاء باید مالی را (اعم از مال عینی، مالکیت معنوی، خدمت یا اعتبار) را به عنوان آورده در این اجتماع بگذارد.

۲- سود و زیان به تناسب سهم شریکان در مال مشاع تقسیم شود. البته تقسیم سود و زیان به گونه دیگری در صورت تراضی و شرط منع قانونی ندارد.

۳- اموال شرکت باید بطور مشاع به ملکیت همه شریکان درآید و گرنه شرکت تحقق نمی‌یابد.

باتوجه به تعریف شرکت و ارکان آن، ملاحظه می‌شود که «شرکت مدنی» فاقد شخصیت حقوقی است<sup>(۲)</sup>. اگر واجد شخصیت حقوقی می‌بود لازم بود، اشاعه در مالکیت از بین برود و همه آورده‌ها به ملکیت شرکت درآید. در حالیکه چنین نیست و یکی از ارکان و عناصری که شرکت مدنی را از شرکت تجاری متمایز می‌گرداند، همین اشاعه در مالکیت است و اشاعه مالکیت با داشتن شخصیت حقوقی مانعة‌الجمع هستند.

نتیجه اشاعه در مالکیت این است که هر یک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر، سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند یا هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید.<sup>(۳)</sup>

در شرکت مدنی و شرکت مورد بحث در فقه، سود و زیان به تناسب سرمایه، تقسیم می‌شود. ماده ۵۷۵ ق.م.مقرر می‌دارد: هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشد مگر اینکه

۱- ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکتها و صلح، پیشین، ص ۱۷.

۲- برای دیدن نظر مخالف رجوع شود به محمود، کاشانی، مجله دانشکده حقوق شهید بهشتی، شماره دوم ۱۳۶۵، ص ۲۸.

۳- مستفاد از مواد ۵۸۳ و ۵۸۹ قانون مدنی.

برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد». ولی اگر شرط اضافی سود یا ضرر کمتر در برابر کاری قرار نگیرد، آیا چنین شرطی نافذ است یا خیر؟  
در فقه، میان فقهاء اختلاف نظر هست:

عده‌ای از فقهاء مانند: شهید اول<sup>(۱)</sup>، شهید ثانی<sup>(۲)</sup> و شیخ طوسی<sup>(۳)</sup> چنین شرطی را باطل دانسته‌اند. در مقابل عده‌ای دیگر، مانند شیخ محمدحسن نجفی<sup>(۴)</sup>، علامه حلی<sup>(۵)</sup> و سید محمدکاظم طباطبایی<sup>(۶)</sup> به صحت چنین شرطی حکم کرده‌اند.

در بین اساتید حقوق نیز در این خصوص اتفاق نظر وجود ندارد.

گروهی مانند، دکتر امامی<sup>(۷)</sup> و مصطفی عدل<sup>(۸)</sup> به بطلان شرط معتقدند. اما عده‌ای دیگر مانند استاد دکتر کاتوزیان<sup>(۹)</sup> و محمد بروجردی عبده<sup>(۱۰)</sup> به نفوذ شرط معتقد هستند. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه قانون مدنی چنین شرطی را باطل ندانسته است و چنانچه طبق ماده (۱۰) همان قانون چنین شرطی بشود چون مخالف قانون نیست، منعی ندارد. به علاوه تقسیم سود و زیان به تناسب سرمایه مقتضای

۱- محمدبن جمال‌الدین مکی‌العاملی، اللمعة الدمشقیة، چاپ اول، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۰ هجری قمری، ص ۱۴۳.

۲- زین‌الدین بین نورالدین عاملی، روضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، کتاب شرکة در دو مجلد، قم، خوانساری، ۱۴۰۰، ص ۲۰۱.

۳- ابی‌جعفر بن محمدبن حسن طوسی، خلاف،

۴- شیخ محمدحسن، نجفی، جواهرالکلام، جلد ۲۶، قم، چاپ خوانساری، ۱۳۵۰، ص ۳۰۱.

۵- علامه حلی، تذکرة،

۶- سیدمحمدکاظم، طباطبایی یزدی، پیشین، ص ،

۷- سیدحسن، امامی، حقوق مدنی، جلد دوم، پیشین، ص ۱۳۳.

۸- مصطفی، عدل، پیشین، شماره ۶۳۵.

۹- ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی مشارکتها و صلح، پیشین، ص ۴۸.

۱۰- محمد، عبده بروجردی، پیشین، ص ۳۳۶.

اطلاق عقد شرکت است نه مقتضای ذات عقد<sup>(۱)</sup>. لذا نظر آن گروه از فقها و اساتید حقوقی که شرط را نافذ می‌دانند ارجح باشد.

\* باتوجه به مقدمه بالا در مورد عقد شرکت مدنی، در تعریف قرارداد اوراق مشارکت نیز می‌توان گفت: قرارداد ایست که به موجب آن آورده‌های سرمایه‌گذاران و ناشر به صورت مشاع و طبق شرایط مقرر بین آنها<sup>(۲)</sup>، در اجرای طرحی که قبلاً معلوم و معین شده، به وسیله ناشر به کار گرفته می‌شود و طرفین در نتیجه مالی حاصل از اجرای طرح مربوط شریک خواهند بود.

بنابراین «ناشر» به عنوان «شریک مأذون»<sup>(۳)</sup> در اداره مشترک در حکم وکیل سرمایه‌گذاران است<sup>(۴)</sup>. بعد از تعریف این عقد بررسی می‌نماییم که آیا ارکان و عناصری که در عقد شرکت مدنی هست در قرارداد اوراق مشارکت نیز وجود دارد یا خیر؟ در صورتی که این ارکان وجود داشته باشد می‌توان گفت

---

۱- پاره‌ای از خصوصیات و ویژگیها چنان با ماهیت عقد آمیخته است که بدون آنها عقد جوهر و طبیعت حقوقی خود را از دست می‌دهد و در نظر قانون و عرف یا هیچ اثر ندارد یا عمل حقوقی دیگر با احکام و آثار خاص می‌شود. برعکس برخی دیگر از این ویژگیها تنها به منظور تکمیل شرایط عقد و پیروی از اراده مشترک دو طرف است: یعنی، اگر عقد بدون قید و شرط واقع شود. آنها را اقتضا دارد، ولی هیچ مانعی هم ندارد که برخلاف آن تراضی شود. خصوصیت‌های دسته اول را «مقتضای ذات عقد» و دسته اخیر راه مقتضای اطلاق عقد» می‌نامند. شرط برخلاف مقتضای ذات عقد باطل است و شرط برخلاف مقتضای اطلاق عقد منعی ندارد. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید: ناصر، کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، چاپ اول، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۰، ص ۳۰۹-۳۰۸.

۲- ماده ۵۷۶ ق.م: «طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرر بین شرکاء خواه بود».

۳- ماده ۵۷۷ ق.م: «شریکی که در ضمن عقد به اداره کردن اموال مشترک مأذون شده است می‌تواند هر عملی را که لازم اداره کردن است انجام دهد...».

۴- ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت: «... با فروش اوراق مشارکت رابطه وکیل و موکل بین ناشر و خریداران اوراق محقق می‌شود. ناشر به وکالت از طرف خریداران اوراق می‌تواند نسبت به مصرف وجوه حاصل از فروش اوراق جهت اجرای طرح و خرید و فروش هرگونه کالا، خدمت و دارایی مربوطه به طرح اقدام نماید. انتقال اوراق به اختیار تفویضی تحت عنوان وکالت خدشه وارد نمی‌نماید و این رابطه تا سررسید اوراق بین ناشر و دارندگان اوراق نافذ و معتبر است».



که ماهیت حقوقی قرارداد اوراق مشارکت در قالب عقد شرکت مدنی توجیه پذیر است.  
و اما این ارکان:

۱- هر یک از شرکاء باید مالی را به عنوان «آورده» یا سهم الشرکه در شرکت بگذارد. این یکی از ارکانی بود که برای تحقق عقد شرکت مدنی بیان کردیم. با بررسی مقررات مربوط به اوراق مشارکت به خوبی پیداست که این رکن در قرارداد اوراق مشارکت وجود دارد. از ماده (۱) قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت که مقرر می‌دارد: «... اجازه داده می‌شود طبق مقررات این قانون، [ناشرین] قسمتی از منابع مالی مورد نیاز برای اجرای طرح‌های مذکور... تأمین نمایند» به خوبی بر می‌آید که قسمتی از سرمایه برای اجرای طرح از طرف ناشر و مابقی آن از طرف سرمایه‌گذاران تأمین می‌گردد. ماده ۸ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور در این خصوص صراحت دارد: «حداقل سهم الشرکه ناشر در هر طرح (اعم از آورده نقدی و غیرنقدی) و میزان (سقف فردی) اوراق مشارکت قابل انتشار برای طرح‌های ... توسط بانک مرکزی تعیین می‌شود».

پس رکن اول (سرمایه و آورده هر یک از شرکاء) در قرارداد اوراق مشارکت وجود دارد.

۲- تقسیم نمودن سود و زیان به تناسب سرمایه (سهم الشرکه) شرکاء خواهد بود. و با شرحی که قبلاً در این خصوص دادیم به این نتیجه رسیدیم که تقسیم سود و زیان به گونه‌ای دیگر که شرکاء ضمن عقد توافق نمایند. ایرادی ندارد.<sup>(۱)</sup>

در قرارداد اوراق مشارکت، دارندگان این اوراق (سرمایه‌گذاران) به نسبت سهم الشرکه و مدت زمان

---

۱- آن چنان که مواد ۲۳ و ۲۵ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳/۶/۱۳۷۰، آزادی اعضاء را در تعیین نحوه تقسیم سود و زیان به رسمیت شناخته است و شورای نگهبان قانون اساسی یا شرع ندانسته است (روزنامه رسمی شماره ۱۳۵۷۲ مورخ ۱۳۷۰/۷/۲۲).

مشارکت در سود حاصل از اجرای طرح مربوط [با ناشر] شریک خواهند بود<sup>(۱)</sup>. بنابراین این رکن و عنصر نیز در قرارداد اوراق مشارکت وجود دارد.

اما سئوالی که ممکن است مطرح شود در خصوص «تضمین پرداخت سود علی الحساب» به دارندگان این اوراق است که آیا اصولاً چنین پرداختی مخالف با شرع است یا نه و توجیه آن چگونه است؟ در خصوص مشروعیت تضمین پرداخت سود علی الحساب باید گفت با توجه به اینکه قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت در تاریخ ۱۳۷۶/۷/۲<sup>(۲)</sup>، به تایید شورای نگهبان رسیده است و طبق اصل (۹۶) قانون اساسی<sup>(۳)</sup> تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی، احکام اسلامی با فقهای شورای نگهبان است لذا پرداخت سود علی الحساب تضمین شده به دارندگان این اوراق مغایرتی با موازین شرعی ندارد<sup>(۴)</sup>.

و دلیلی که برای توجیه آن می توان ارائه کرد این است که براساس پیش بینی های کارشناسانه<sup>(۵)</sup>، سود حاصل از سرمایه گذاری هایی که با استفاده از وجوه اوراق مشارکت تأمین مالی می شوند، کمتر از سود

---

۱- ماده (۱) ق.ا.م. ماده (۲) آئین نامه اجرایی قانون مذکور مقرر می دارد: «دارندگان اوراق مشارکت به نسبت قیمت اسمی و مدت زمان مشارکت در نتیجه مالی حاصل از اجرای طرح های مربوط سهم خواهند بود». و ماده (۳) همان آیین نامه بیان می دارد: «هر ورقه مشارکت نشان دهنده میزان قدرالسهم دارنده آن در مشارکت است...».

۲- روزنامه رسمی ۱۵۳۲۸ - ۱۳۷۶/۷/۲۰ (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۵۶۲).

۳- اصل (۹۶) قانون اساسی: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلامی با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است».

۴- عده ای معتقدند ترکیب «سود علی الحساب» و «تضمین شده» ترکیبی متناقض و ناهمگون است. زیرا اگر حداقل سود پرداختی به دارندگان اوراق مشارکت، علی الحساب باشد نمی تواند تضمین شده باشد و چنانچه نرخ سود مزبور تضمین گردد، قید «علی الحساب» مفهوم واقعی خود را از دست می دهد (محمد حسین، حسین زاده بحرینی، فصلنامه اندیشه حوزه، مقاله بررسی فقهی و اقتصادی سود تضمین شده، سال دوم، شماره هشتم، بهار ۱۳۷۶، ص ۱۵۱).

۵- تبصره ذیل ماده (۱) و ماده (۴) ق.ا.م و مواد (۴) و (۷) آیین نامه اجرایی قانون مذکور.

تضمین شده پرداختی، نخواهد بود به عبارت روشن تر «ناشرین» مطمئن هستند آورده شرکاء (سرمایه گذاران) را در پروژه های به کارگیرند که سودآوری آنها حداقل معادل سود وعده داده شده باشد.

۳- سومین رکنی که برای تحقق شرکت مدنی ذکر کردیم، مشاع بودن اموال شرکت در مالکیت همه شرکاء است. با توجه به این که شرکتی که در نتیجه قرارداد اوراق مشارکت ایجاد می شود فاقد شخصیت حقوقی است (برخلاف شرکتهای تجاری) بنابراین اموال شرکت بطور مشاع متعلق به همه شرکاء می باشد بنابراین این که شرکاء در ضمن قرارداد مشارکت به وجه ملزومی ملزم بر عدم درخواست تقسیم مال مشترک را نموده اند<sup>(۱)</sup>. که این شرط را در عقد شرکت مدنی نیز می توان نمود و برخلاف مقتضای ذات عقد شرکت نیست.<sup>(۲)</sup>

لذا رکن سوم، نیز در قرارداد اوراق مشارکت، وجود دارد.

با وجود سه رکنی که در شرکت مدنی و در قرارداد اوراق مشارکت هست علیرغم تفاوتی که بین این دو ممکن است وجود داشته باشد، می توان گفت ماهیت حقوقی قرارداد اوراق مشارکت، در قالب «عقد شرکت مدنی» توجیه پذیر است.

در قرارداد اوراق مشارکت، شریک مأذون در اداره اموال مشترک و اجرای طرح مورد نظر، همیشه «ناظر» است و در حالیکه شخصیت سرمایه گذاران (دارندگان اوراق مشارکت) برای ناشر مهم و علت عمده عقد نیست اولاً انتقال سهم الشریکه آنان به دیگران مجاز است<sup>(۳)</sup>. ثانیاً با فوت یا حجر آنان قرارداد

---

۱- قسمت خیر ماده (۳) آیین نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت و ماده (۵) آیین نامه اجرایی تبصره ۸۵ قانون برنامه دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.

۲- ماده ۵۸۹ ق.م. «هر شریک المال می توان هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون ممنوع یا شرکاء بوجه ملزومی ملزم بر عدم تقسیم شده باشند.

۳- قسمت اخیر ماده (۲) ق.ا.م.

مشارکت منفسخ نمی شود بلکه طبق قواعد عمومی منتقل الیه، وراثت یا قییم قائم مقام او محسوب می شوند<sup>(۱)</sup>. اما چون شخصیت ناشر برای سرمایه گذاران مهم است او نمی تواند اداره امور شرکت و اجرای طرح را به دیگران واگذار یا سهم خود را منتقل نماید.<sup>(۲)</sup>

باتوجه به مقررات اوراق مشارکت به نظر می رسد، قرارداد اوراق مشارکت در زمره عقود لازم است و چنانچه قابل بازخرید باشد از طرف سرمایه گذار جایز و از طرف ناشر لازم است و در غیر این صورت تا فرارسیدن زمان مشارکت قابل فسخ نمی باشد.

---

۱- ماده (۳) آیین نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت.

۲- زیرا «ناشر» اولاً باید طبق ماده (۱) ق.ا.م. مجاز به انتشار اوراق مشارکت باشد. ثانیاً اگر مجاز به انتشار اوراق مشارکت نیز باشد باید از بانک مرکزی مجوز انتشار دریافت نماید. (ماده ۴ ق.ا.م) ثالثاً سرمایه گذاران معمولاً باتوجه به شخصیت ناشر حاضر به سرمایه گذاری هستند.

## ۲-۵- تفاوت اوراق مشارکت با اوراق قرضه

باتوجه به آنچه در فصل یکم این پایان‌نامه راجع به احکام و آثار اوراق قرضه و در این فصل درباره ویژگی‌های اوراق مشارکت گفته شد اکنون به بررسی تفاوت‌های این دو می‌پردازیم:

اوراق مشارکت از چند جنبه با اوراق قرضه متفاوت است که بطور خلاصه بیان می‌گردد:

### ۲-۵-۱- تفاوت در اشخاصی که حق انتشار این گونه اوراق را دارند

همانطوری که در فصل یکم اشاره شد اوراق قرضه در یک تقسیم‌بندی کلی به دو نوع: قرضه دولتی و غیردولتی تقسیم می‌شود. در نظام حقوقی کنونی ایران، قرضه دولتی براساس قوانین و مقررات مربوط به اصول و قواعد حقوقی و فقهی توسط دولت منتشر خواهد شد.<sup>(۱)</sup>

لیکن انتشار اوراق قرضه غیردولتی (موضوع ماده ۵۱ به بعد ل.ا.ق.ت). نیز فقط برای شرکتهای سهامی عام پیش‌بینی گردیده است و سایر شرکتهای تجاری مندرج در ماده (۲۰) قانون تجارت، همچنین شرکت‌های دولتی، نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی و شهرداری‌ها مجاز به انتشار اوراق قرضه نیستند. اما در خصوص اوراق مشارکت علاوه بر دولت، شرکتهای سهامی عام و خاص، تعاونی تولیدی، شهرداری‌ها و نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مجاز به انتشار اوراق مشارکت هستند<sup>(۲)</sup>.

و از این حیث دایره مشمول آن بسیار گسترده‌تر از اوراق قرضه می‌باشد.

۱- مراجعه شود به نظریه شورای نگهبان (روزنامه رسمی ۱۵۴۹۷ - ۷۷/۲/۲۴).

۲- ماده (۱) ق.ا.م.

## ۲-۵-۲ - تفاوت در سود متعلق به این اوراق و تضمین پرداخت سود

مطابق ماده ۵۲ ل.ا.ق.ت سود اوراق قرضه در زمان انتشار آن معلوم و بصورت مقطوع تعیین می شود و میزان سود شرکت تأثیری در میزان سود اوراق قرضه صادره ندارد.

اما در اوراق مشارکت به دارنده آن، ابتدائاً سود علی الحساب<sup>(۱)</sup> پرداخت می شود و بعد از اجرای طرح و پایان مشارکت، سود قطعی و واقعی حاصل از اجرای طرح محاسبه و پرداخت و تسویع حساب خواهد شد. البته این امر ناشی از تفاوت ماهیت حقوقی این دو می باشد. زیرا دارنده اوراق قرضه بستانکار از شرکت سهامی عام است<sup>(۲)</sup> اما دارنده اوراق مشارکت، شریک در سود حاصل از اجرای طرح است.<sup>(۳)</sup>

بازپرداخت اصل و سود علی الحساب اوراق مشارکت باید تضمین گردد<sup>(۴)</sup>. اما در اوراق قرضه ممکن است تضمینی ارائه شود یا نشود.<sup>(۵)</sup>

## ۲-۵-۳ - تفاوت در شرایط انتشار

شرایط انتشار اوراق مشارکت با شرایط انتشار اوراق قرضه تفاوت دارد:

مجوز انتشار اوراق مشارکت، بعد از بررسی اینکه طرح دارای توجیه اقتصادی، فنی و مالی است

۱- مواد (۳) و (۵) ق.ا.م.

۲- ماده (۵۳) ل.ا.ق.ت.

۳- ماده (۲) ق.ا.م. همچنین ماده (۲) آیین نامه اجرایی قانون مذکور و تبصره ماده (۶) آیین نامه اجرایی تبصره (۸۵) قانون برنامه دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (روزنامه رسمی ۱۴۶۹۷ - ۷۴/۵/۳۱).

۴- قسمت اخیر ماده (۳) و (۵) ق.ا.م. و ماده (۱۲) آیین نامه اجرایی آنها.

۵- بند ۸ ماده (۶۰) ل.ا.ق.ت.

توسط بانک مرکزی صادر می‌شود. شخص حقیقی یا حقوقی بنام «امین»<sup>(۱)</sup> از طرف بانک مرکزی انتخاب می‌شود و بر اجرای طرح نظارت و رسیدگی و اظهارنظر می‌نماید. تاریخ، شرایط و مراحل انتشار و عرضه اوراق مشارکت با موافقت بانک مرکزی تعیین می‌شود.<sup>(۲)</sup> و<sup>(۳)</sup>

در حالی که، اوراق قرضه با توجه به شرایط مندرج در ماده (۵۵) ل.ا.ق.ت (سرمایه ثبت شرکت تأدیه شده باشد، دو سال تمام از تاریخ ثبت شرکت گذشته و دو ترازنامه آن به تصویب مجمع عمومی رسیده باشد) منتشر می‌شود و هیچ ارگان یا نهاد دولتی بر انتشار آن نظارتی ندارد و تصمیم راجع به فروش و شرایط اوراق قرضه فقط به اطلاع مرجع ثبت شرکتها می‌رسد و مرجع مذکور مفاد تصمیم را ثبت و خلاصه آن را در روزنامه رسمی آگهی خواهد نمود.<sup>(۴)</sup>

## ۲-۵-۴- تفاوت در ماهیت حقوقی

همانگونه که در فصل یکم اشاره شد ماهیت حقوقی ورقه قرضه عبارتست از «عقد قرض» زیرا صاحب سرمایه به شرکت سهامی عام وام می‌دهد و در مقابل این وام «رسید» دریافت می‌کند که مقنن برای این رسید شرایطی را پیش‌بینی نموده است. صرف از نظر شرایط و اوصاف این ورقه رابطه دارنده آن با شرکت سهامی عام، رابطه مقرض و مقترض است و دارنده ورقه قرضه طبق شرایط مقرر سود معین شده و قطعی (بهره) آن را دریافت می‌کند. اما ماهیت حقوقی اوراق مشارکت با عقد قرض سازگاری ندارد زیرا ماده (۲) ق.ا.م. اشعار دارد: «دارندگان این اوراق نسبت به قیمت اسمی و مدت زمان مشارکت

۱- ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی ق.ا.م.

۲- ماده (۹) آیین‌نامه فوق‌الذکر.

۳- در خصوص سایر شرایط انتشار اوراق مشارکت رجوع کنید به همین پایان‌نامه، فصل دوم.

۴- در خصوص سایر شرایط انتشار اوراق قرضه رجوع کنید به همین پایان‌نامه، فصل یکم.

در سود حاصل از اجرای طرح شریک خواهند بود». که قطعاً قرض نیست. و همانطوری که قبلاً بیان شد چنانچه در قرض شرط سود شود، ربا و وام است در حالیکه ق.ا.م. به تایید فقهای محترم شورای نگهبان رسیده است و علی‌الاصول مقررات آن مخالف موازین اسلامی نمی‌باشد.



## نتیجه گیری

باتوجه به تحلیلی که از اوراق قرضه و مشارکت در فصل یکم و دوم به عمل آوردیم همچنین مسائل و فرضیه‌هایی که در مقدمه مطرح گردید، موارد زیر قابل استنتاج است:

۱-۳- از اوراق قرضه غیردولتی، حتی پیش پیروزی انقلاب اسلامی بنا به دلایلی استفاد نشد لذا مقررات مربوط به آن (موضوع مواد ۵۱ به بعد لایحه قانونی اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷) عملاً به صورت یک قانون متروک درآمده است.

۲-۳- ماهیت حقوقی اوراق قرضه با «عقد قرض» قابل تطبیق است و باتوجه به شرط بهره در آن، مشمول حکم «ربای قرضی» می‌گردد. بنابراین مقررات آن به شکل کنونی، مخالف موازین شرعی (اصل چهارم) می‌باشد. با این حال از طرف مرجع صالح (مجلس شورای اسلامی) مقررات آن نسخ نشده است.

۳-۳- شورای نگهبان باتوجه به اصول (۷۲)، (۹۱)، (۹۴)، (۹۵) و (۹۶) در هیچ حال حق ابطال قانون را ندارد و در صورتی که مصوبات مجلس شورای اسلامی را مخالف با موازین شرعی و یا اصول «قانون اساسی تشخیص داد باید برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند. چنانچه قانونی که قبل از پیروزی انقلاب اسلامی تصویب شده و مخالف شرع باشد مجلس شورای اسلامی با تصویب قانون جدید می‌تواند آنرا نسخ کند زیرا مرجع نهایی قانونگذاری در نظام حقوقی ما مجلس شورای اسلامی است و همین مرجع باید در بقاء یا نسخ قوانین موجود تصمیم بگیرد و شورای نگهبان در هیچ حال حق ابطال قانون (اعم از اینکه قبل از پیروزی انقلاب تصویب شده باشد یا بعد از آن) را ندارد.

۴-۳- ماهیت حقوقی قرارداد اوراق مشارکت قابل انطباق با «عقد شرکت مدنی» است. باتوجه به اینکه اوراق قرضه حتی در صورت انتشار فقط در بخش خصوصی، به وسیله شرکت سهامی عام -

مجاز است در شرایط فعلی، اوراق مشارکت ابزار بسیار مناسبی برای جذب سرمایه‌های پراکنده و کوچک به منظور اجرای طرح‌های عظیم تولیدی، ساختمانی، عمرانی می‌باشد که علاوه بر توسعه و شکوفایی اقتصادی و گسترش آبادانی کشور، صاحبان سرمایه‌های کوچک را نیز از سود حاصل از اجرای طرح بهره‌مند می‌سازد.

## پیشنهادات:

به نظر می‌رسد می‌تواند با حذف بهره و اصلاح بعضی از مواد قانونی مربوط به اوراق قرضه، مقررات آنرا احیاء و در نظام اقتصادی کشور از آن استفاده کرد. این اصلاح از دو جهت پیشنهاد می‌گردد:

الف- تطبیق مقررات اوراق قرضه با موازین شرعی. بدین منظور بهره اوراق مذکور حذف گردد و دارندگان اوراق قرضه با صادرکننده اوراق قرضه در قالب شرکت مدنی مشارکت نمایند. یا دارندگان اوراق قرضه، ضمن عقد «بازپرداخت مبلغ هم ارزش رقم سابق» را شرط نمایند. که این شرط با وجود تورم مانع از ضرر به دارندگان اوراق قرضه می‌گردد و حداقل راهی برای تشویق مردم به قرض دادن است و با مقررات و موازین شرعی نیز منافاتی ندارد.<sup>(۱)</sup>

ب- اجازه انتشار این اوراق به سایر اشخاص حقوقی عمومی و خصوصی. با مقررات موجود، فقط شرکت‌های سهامی عام، مجاز به انتشار این اوراق هستند در حالیکه شهرداریها، نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی، شرکت‌های سهامی خاص و تعاونی نیز در اجرای طرحهای عظیم می‌توانند نقش مؤثری داشته باشند.

۱-۴- ابهاماتی در قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت و آیین‌نامه اجرایی آن هست که بطور خلاصه اشاره می‌گردد:

۱-۱-۴- نحوه تقسیم سود قطعی، مشخص نیست که آیا به نسبت سرمایه هر شریک تقسیم می‌شود یا سهم بیشتری برای ناشر که به عنوان شریک مأذون و مجری طرح است، منظور می‌گردد و همچنین اگر به موجب ماده ۲۰ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور، ناشر موظف به پرداخت اجرت خدمات امین گردیده این اجرت از چه محلی باید پرداخت شود. از کل سود یا از سهم سود ناشر؟

---

۱- رجوع کنید به پاسخ حضرات آیات عظام آیت‌الله موسوی بجنوردی، آیت‌الله مرعشی شوشتری، آیت‌الله لطف‌الله صافی و آیت‌الله جعفر سبحانی به سؤال سردبیر فصلنامه رهنمون در شماره ۶ فصلنامه رهنمون، پاییز ۱۳۷۲، ص ۹۰ به بعد.

۴-۴-۲- ماده (۱۰) ق.ا.م. مصرف وجوه حاصل از واگذاری اوراق مشارکت در غیر اجرای طرح‌های مربوط را در حکم تصرف غیرقانونی در وجوه و اموال عمومی دانسته است. این مطلب در صورتی که ناشر دولت یا از دستگاهها و شرکتهای وابسته به دولت باشد صحیح و منطبق با ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی است اما اگر ناشر شخص حقوقی حقوق خصوصی مانند شرکتهای سهامی عام یا خاص باشد، تصرف در وجوه و اموال عمومی مصداق پیدا نمی‌کند. بلکه می‌توان این عمل را خیانت در امانت دانست.

۴-۴-۳- چنانچه طرح در نتیجه یک حادثه قهری (فورس ماژور) غیرقابل اجرا گردد. وضعیت قرارداد چه می‌شود؟ آیا قرارداد منفسخ می‌گردد و سرمایه، سرمایه‌گذاران مسترد می‌گردد؟ آیا در این حالت پرداخت سود علی‌الحساب تضمین شده، می‌تواند مبنای شرعی داشته باشد؟ یا اینکه سود علی‌الحساب پرداخت شده از سرمایه، دارندگان این اوراق کسر می‌گردد؟

۴-۴-۴- هر چند سود آور بودن طرح قبلاً بررسی می‌گردد و ناشر اطمینان به سود آور بودن آن دارد ولی اگر بنا به هر دلیلی، اجرای طرح سودی نداشته باشد. آیا پرداخت سود علی‌الحساب تضمین شده مجاز است و ناشر فقط باید متضرر گردد؟

۴-۵- اکنون که «اوراق قرضه» از گردونه خارج شده، اوراق مشارکت، جایگزین مناسب و خوبی است برای جذب سرمایه‌های کوچک و پراکنده به منظور اجرای طرحهای عظیم تولیدی ساختمانی و عمرانی، لذا پیشنهاد می‌شود با تبلیغات و آگاه نمودن مردم، از طریق صدا و سیما و مطبوعات بوسیله کارشناسان خبره و دست‌اندرکار، اعتماد و اطمینان آنان را جلب و نسبت به موضوع توجیه گردند. همچنین در سمینار بانکداری اسلامی که معمولاً هر سال در شهریور ماه برگزار می‌گردد نسبت به این اوراق نیز توجه و مورد بررسی قرار گیرد.

## فهرست منابع و مأخذ

### الف - کتب فارسی:

- ۱- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد اول و دوم، چاپ هفتم، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۰.
- ۲- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، جلد اول، چاپ اول، تهران، سمت، ۱۳۷۵.
- ۳- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، جلد دوم، چاپ اول، تهران، سمت، ۱۳۷۷.
- ۴- اعظمی زنگنه، عبدالمجید، حقوق بازرگانی، چاپ سوم، تهران، به اهتمام سهراب افینیان، ۱۳۴۶.
- ۵- بهشتی، محمد، ربا در اسلام، چاپ اول، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۹.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، چاپ اول، تهران، مشعل آزادی، ۱۳۵۵.
- ۷- جانزاده، علی، کتاب مصدق، چاپ اول، تهران، انتشارات همگام، ۱۳۵۸.
- ۸- حائری شاهباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، جلد اول، چاپ اول، با ویرایش جدید، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- ۹- خرم‌دل، مصطفی، تفسیر نور، چاپ اول، تهران، حیدری، ۱۳۷۱.
- ۱۰- خویی، رساله عملیه، قم، مهر، ۱۴۰۹، هق
- ۱۱- دهخدا، علی اکبر، لغتنامه، جلد ۲۲، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۲۹.
- ۱۲- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد دوم، چاپ اول با تجدید نظر، تهران، دادگستر، ۱۳۷۵.
- ۱۳- صفری، منصور، حقوق تجارت، چاپ اول، تهران، چاپ علمی، ۱۳۴۳.
- ۱۴- صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها، جلد ۲، چاپ اول، تهران، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱.
- ۱۵- طبرسی، شیخ ابوعلی، مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن، جلد ۴، ترجمه سیدابراهیم میرباقری، تهران،

انتشارات فراهانی، ۱۳۵۰.

۱۶- طباطبائی، محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، جلد ۴، ترجمه محمدباقر موسوی همدانی، قم، دارالعلم، ۱۳۶۰.

۱۷- عبادی، محمدعلی، حقوق تجارت، چاپ سیزدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.

۱۸- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، چاپ اول با اضافات، قزوین، بحرالعلوم، ۱۳۷۳.

۱۹- عبده بروجردی، محمد، حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۱.

۲۰- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تک جلدی، چاپ نهم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵.

۲۱- عرفانی، محمود، حقوق تجارت، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران، جهاد دانشگاهی (ماجد)، ۱۳۷۱.

۲۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین ۴، چاپ دوم، تهران، مدرس، ۱۳۷۶.

۲۳- کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی، غفود معین، جلد اول، چاپ چهارم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱.

۲۴- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ سوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱.

۲۵- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱.

۲۶- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ اول، تهران، مؤسسه نشر یلدا، ۱۳۷۴.

۲۷- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ دهم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۰.

۲۸- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قراردادها، ایقاع، چاپ اول، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۰.

- ۲۹- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکتها - صلح، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۳.
- ۳۰- کاتبی، حسینقلی، حقوق تجارت، چاپ هفتم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵.
- ۳۱- مطهری، مرتضی، مسأله ربا به ضمیمه بیمه، چاپ ششم، تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۶۸.
- ۳۲- معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۷.
- ۳۳- مهرپور، حسین، دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی، چاپ اول، تهران، مؤسسه اطلاعات، ۱۳۷۴.
- ۳۴- مهرپور، حسین، مجموعه نظرات شورای نگهبان در سه مجلد، چاپ اول، تهران، مؤسسه اطلاعات، ۱۳۷۳.
- ۳۵- مهرپور، حسین، مجله کانون وکلاء، اصل چهارم قانون اساسی، شماره ۱۴۷-۱۴۶، ۱۳۶۸.
- ۳۶- هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، چاپ دوم، قم، ناشر مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۷۵.

### ب- کتب عربی

- ۳۷- شهید اول (محمدبن جمالالدین مکی العاملی)، اللمعة الدمشقیة، چاپ اول، بیروت، مؤسسه فقه الشعیه، ۱۴۱۰ ه.ق.
- ۳۸- شهید ثانی، (زین الدین بن نورالدین عاملی) روضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، در دو مجلد، قم، خوانساری، ۱۴۰۰ ه.ق.
- ۳۹- صدر، سیدمحمدباقر، النبک فی الاسلام، بیروت، دارالتعارف المطبوعات، ۱۳۶۶.
- ۴۰- طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، ملحقات عروة الوثقی، جلد ۲، بی نا، بی تا.
- ۴۱- طوسی، حسن، خلاف، چاپ سنگی، قم، بدون نام ناشر و تاریخ انتشار.
- ۴۲- عاملی، شیخ حر، وسایل الشعیه، جلد ۱۲، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۳۷۷، ه.ق.

۴۳- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، جلد اول، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۳۶۳.

۴۴- موسوی خمینی، روح الله، کتاب بیع، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۰.

۴۵- مصری، عبدالرؤف، معجم المفردات الفاظ القرآن، چاپ سوم، بیروت، دارالسرور، ۱۳۶۷، ه.ق.

۴۶- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۲۴، قم، چاپ خوانساری، ۱۳۵۰.

### ج- مجلات:

۴۷- بهدادفر، محمد حسین، مجله رهنمون، پول و تورم، شماره ۶، ۱۳۷۲.

۴۸- حسین زاده بحرینی، محمد حسین، فصلنامه اندیشه حوزه، بررسی اقتصادی و فقهی سود تضمین شده، سال دوم، شماره هشتم، ۱۳۷۶.

۴۹- خامنه‌ای، سید محمد، مجله کانون وکلاء، اصل چهارم قانون اساسی، شماره ۱۵۳-۱۵۲، ۱۳۶۹.

۵۰- کاشانی، محمود، مجله دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شرکت مدنی، شماره دوم، ۱۳۶۵.

۵۱- نجفی، محمد حسن، مجله فقه، حریم ربا، شماره ۱۲-۱۱، ۱۳۷۵.



## **Abstract:**

A Part of the financial needs of the government ,government companies ,municipalities,non - government public organizations ,Public and private Joint - stock companies and producing cooperative companies can supplied by borrowing from people .Rules and regulations regarding borrowing money by government and public-Jiont stock companies via a mechanism called obligation bonds.have been foresighted since prior to the I.R.revolution .

However ,as circulation such bonds involves profit senses usury lend ,it conflicts with the 4th priciple of constitution .

In the recent years,the new mechanism called partnership bonds which acts in the context of civil partnership ,has substituted the former.The partnership bonds while providing financial needs of government ,municipality ,nongovernment organizations ,Public and privat Joint- stock companies and producing cooperative companies ,in comparison with obligation bonds have more advantages for holders of it .Essentially ,in view of the different nature of the two bonds correspondingly varying commitments and effects are attributed to each separately ,the legal nature of obligation bonds is analyzed in the context of loan contract ,but the legal nature of partnership bonds will be analyze in the shape of civil partnership .Furthemore ,The member of persons license to circulation of partnership bonds is before more than those licenced to circulation of obligation bonds.

key words: Obligation bonds - Partnership bonds.



T.M.U

# **Effect of obligation bonds and partnership in joint - stock Companies**

**A thesis  
presented for the  
Degree of master's in private law**

**Faculty of Humanities science  
Trabiati modarres university**

by:

**Hojjat Allah Asgari**

supervisor:

**Dr. Mohammad Issai Tafreshi**

Adrisor:

**Dr. M.H. sadghi moghadam**

winter , 1999