Archive of SID

دوفصلنامه علمی – پژوهشی مطالعات اقتصاد اسلامی، سال دهم، شماره ۱ (پیاپی ۱۹)، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، صص۱۱۵-۱۴۰

بررسی حقوقی اقتصادی اوراق اجاره و آسیب‌شناسی آن در بانکداری اسلامی

محمدزمان رستمی*

محمدهادی رستمی**

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۹/۲۵

تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۲/۰۷

چکیده

اوراق اجاره از ابزارهای مالی مبتنی بر عقد اجاره به شرط تملیک است. ماهیت این عقد در میان فقها و حقوق‌دانان مورد اختلاف است. ایشان آن را اجاره، بیع، ترکیبی از آن دو، اجاره با شرط بیع، بیع معلق و یا ماهیتی مستقل می‌دانند. از اصول صحت قراردادها قصد لفظ و معنا و انشاء در مرحله انعقاد قراردادها است که گاهی مغفول می‌ماند و همراه با برخی اسباب دیگر، عقد را با شبهه صوری‌بودن همراه می‌سازد. شبهه صوری‌بودن این عقد منجر به سرایت این شبهه به اوراق مبتنی بر آن می‌شود. خریداران اوراق به ماهیت و ارکان عقد از جمله نوع دارایی، قیمت، خریدار، سود معامله، تملک دارایی، اجاره آن، اجاره‌بها و ... توجهی ندارند و تنها به نرخ سود می‌اندیشند. این‌گونه شواهد همراه با دیگر چالش‌ها حکایت دارند که این اوراق نمی‌تواند نقش مؤثری به عنوان ابزار مالی ایفا کند.

واژگان کلیدی

اوراق اجاره، ابزارهای سیاست مالی، اجاره به شرط تملیک.

طبقه‌بندی JEL: G12، G24، G29

* عضو هیئت علمی دانشگاه قم mzrostami@gmail.com

** دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری h.rostami123@yahoo.com

www.SID.ir

Archive of SID

مقدمه

در بسیاری از کشورها بانک بدنه اصلی بازار مالی را شکل می‌دهد. مردم به خاطر ریسک‌پذیر بودن، سابقه بانکداری، ریشه‌داربودن آن در فرهنگ مردم و یا اعتماد بیشتر، پول‌های خود را در بانک سپرده‌گذاری می‌کنند و از بانک تقاضای تسهیلات برای تأمین مالی نیازهای خود می‌نمایند. بانک‌های ایرانی در مقایسه با کشورهای پیشرفته نتوانسته‌اند از ظرفیت‌های مالیِ مردم استفاده کنند و وجوه آنان را جذب و به سوی سرمایه‌گذاری‌های مولد سوق دهند. اختراع صکوک با هدف استفاده از آن ظرفیت‌ها و تأمین مالی سرمایه‌گذاری‌های مولد بوده است. اوراق اجاره، جدیدترین و آخرین محصول در بازار مالی اسلامی است. مؤسسات، شرکت‌ها و دولت‌ها از این اوراق به عنوان ابزاری برای تأمین مالی نیازهای پروژه‌های خود استفاده می‌کنند. با استفاده از این ابزار، دارایی‌های ثابت در بانک‌های بزرگ می‌تواند به منابع بانکی مولد تبدیل شود و در طرح‌های اقتصادی مورد بهره‌برداری قرار گیرد. دستورالعمل انتشار اوراق اجاره در ۱۳۸۹ نهایی شد و برخی شرکت‌های خصوصی به انتشار و فروش آن در بازار اولیه بورس اوراق بهادار اقدام کرده‌اند. طرح و اجرای این اوراق مستلزم طراحی مالی، بررسی فقهی، حقوقی، حسابداری، مالیاتی و مدیریت ریسک است. سؤال تحقیق حاضر این است که این اوراق کدامین کارایی را نسبت به دیگر اوراق دارا است؟ این مقاله با بررسی فقهی حقوقی اوراق این نقیصه را آشکار می‌سازد که این ابزار در نظام بانکی به صورت واقعی مورد استفاده قرار نمی‌گیرد و کارایی جدیدی نمی‌آفریند. این مقاله پس از بیان ادبیات موضوع، ماهیت، ارکان و انواع اوراق اجاره به تبیین ماهیت فقهی حقوقی عقد اجاره به شرط تملیک (که این اوراق مبتنی بر آن است) می‌پردازد و علت صوری-شدن اوراق اجاره را بیان می‌کند. عدم اتفاق نظر بر ماهیت عقد اجاره و عدم شناخت و عدم قصد معنای آن و عدم قصد جدی بر انشای این عقد موجب می‌گردد که این عقد به‌گونه صوری منعقد شود. در نتیجه، اوراق اجاره که مبتنی بر این عقد است نیز شکل صوری به خود می‌گیرد. این اوراق با چالش‌های دیگری نیز همراه است که به آن‌ها اشاره می‌گردد.

www.SID.ir

Archive of SID

۱. ادبیات موضوع

استفاده از عقد اجاره در بازارهای مالی کشورهای اسلامی به صورت اوراق اجاره پدیده‌ای جدید است. در دهه ۱۹۹۰، همزمان با گسترش ساختارهای گوناگون معامله‌های مالی به‌وسیله بانک‌های اسلامی ایده استفاده از ابزارهای مالی اسلامی شدت یافت. ایده انتشار اوراق اجاره توسط منذر قحف در مقاله *استفاده از اوراق اجاره دارایی برای پوشش شکاف بودجه* در ۱۹۹۷ مطرح شد (سروش، ۱۳۸۷، ص۱۵۹-۱۶۰). خان و احمد در کتاب *ابزارهای مالی اسلامی جهت تجهیز منابع بخش عمومی* بر شهرت این اوراق افزودند (جابین، ۲۰۰۷). در ۱۳۸۵، موسویان و فراهانی در مقاله *اوراق بهادار اجاره* به تعریف این اوراق و بیان جنبه‌های فقهی، قانونی، عملیاتی، بانکی و اقتصادی آن پرداختند و آن را از نوع ابزارهای مالی انتفاعی با نرخ بازده معین دانستند که برای افراد ریسک‌گریز و متعارف طراحی شده است و موجب رفاه عمومی، توسعه سرمایه‌گذاری و رشد تولید می‌شود. در ۱۳۸۸، دولتی و جعفری در مقاله *بررسی چالش‌های مالیاتی تأمین مالی از طریق اوراق اجاره* نظر دادند که در کوتاه‌مدت سود یا اجاره پرداختی این اوراق، معاف از مالیات و در بلندمدت مشمول مالیات شود اما هزینه آن‌ها هزینه قابل قبول مالیاتی باشد. سعیدی و سروش در مقاله *ابعاد حسابداری و مالیاتی اوراق اجاره* ملاحظات حسابداری و مالیاتی اوراق را از منظر سرمایه‌گذاران، شرکت واسط، بانی و امین مورد بررسی قرار دادند. در ۱۳۹۱ ذوالفقاری و گودرزی در مقاله *آسیب‌شناسی پیاده‌سازی اوراق اجاره در بازارهای پول و سرمایه* مهم‌ترین موانع پیاده‌سازی این ابزار در بازار پول و سرمایه را زیرساخت‌های قانونی و عملیاتی و وابستگی این اوراق به نوسان‌های متغیرهای کلان مانند تورم و نرخ تسهیلات بانکی می‌دانند.

در ۱۳۹۲ حسینی و همکاران در مقاله *نقش صکوک اجاره و مشارکت در تأمین مالی شرکت‌ها* با بررسی مکانیزم انتشار این اوراق و نقش آن‌ها در تأمین مالی شرکت‌ها به مواردی مانند شناخت اندک سرمایه‌گذاران نسبت به اوراق اجاره و زمان‌بر بودن روند اجرایی انتشار این اوراق پرداخته‌اند. موسویان و کشاورزیان در ۱۳۹۳، در مقاله *آسیب‌شناسی انتشار اوراق اجاره*، موانع انتشار این اوراق در بانک‌های دولتی را بیان کرده راه‌کارهای کاربردی ارائه داده‌اند. توحیدی در ۱۳۹۳ در مقاله *بررسی فقهی انتشار*

www.SID.ir

Archive of SID

اوراق اجاره و مرابحه چند طبقه اعتباری به بیان سازوکارهای ارتقای رتبه اعتباری اوراق اجاره و مرابحه می‌پردازد و سازگاری چند طبقه کردن اوراق اجاره و مرابحه با فقه امامیه را مورد بررسی و تأیید قرار می‌دهد. موسویان و کاوند در ۱۳۹٤ در مقاله *بررسی فقهی مالی اوراق اجاره مصون از تورم* نتیجه می‌گیرند امکان انتشار اوراق اجاره مصون از تورم با نرخ شناور وجود دارد. راهکار آن نیز شرط تعدیل قرارداد بر اساس یک فرمول نرخ‌گذاری، تصویب قانون تغییر اجاره‌بها به میزان کاهش ارزش پول و تبدیل اوراق اجاره با نرخ شناور به اجاره‌های متعدد با اجاره بهاهای متعدد (مستند به فرمول تورم به اضافه درصدی مشخص) است. این مقاله با بررسی فقهی حقوقی دقیق آشکار می‌سازد که این ابزار به علت فقدان ساختار لازم در نظام بانکی نمی‌تواند به صورت واقعی مورد استفاده قرار گیرد.

۲. ماهیت و ارکان اوراق اجاره

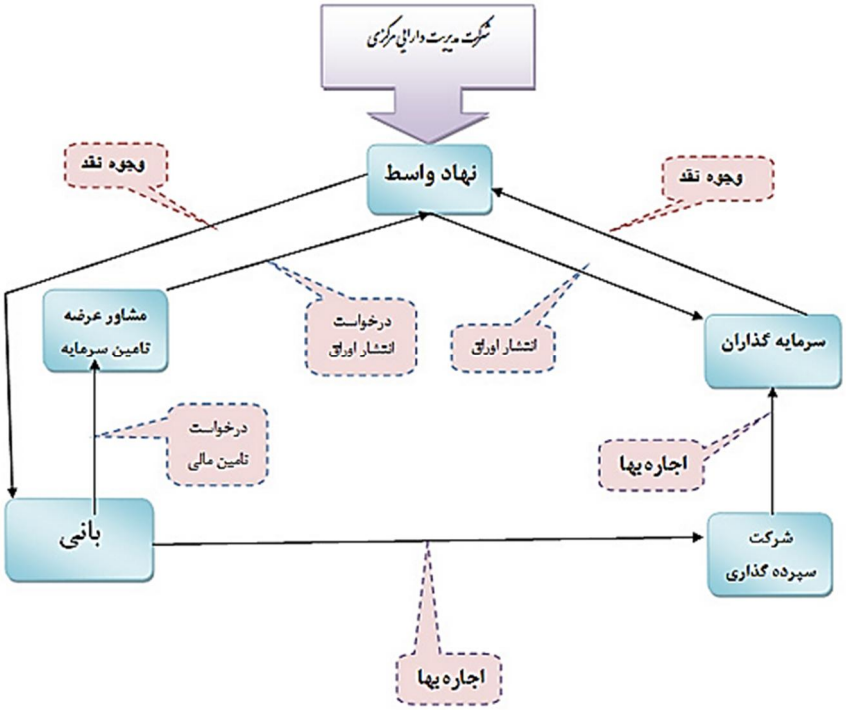
اجاره، عقدی است که به موجب آن، مستأجر در برابر بهایی که به موجر می‌پردازد برای مدت زمان معینی مالک منافع کالای اجاره داده شده می‌شود. اجاره به معنای تملیک منفعت در مقابل مبلغ معین است. اوراق اجاره، نشان‌دهنده مالکیت مشاع دارندگان آن در دارایی معینی است که اجاره داده می‌شود. مؤسسه مالی با انتشار اوراق اجاره و فروش آن به مردم، منابع لازم را جمع‌آوری و با استفاده از آن، کالاهای سرمایه‌ای یا مصرفی بادوام مورد نیاز دولت یا بنگاه یا مؤسسه را خریداری می‌نماید و به آنان اجاره می‌دهد. خریداران اوراق به صورت مشاع، مالک کالاها و اجاره‌بها خواهند بود. در پایان مدت اجاره، دارایی به مالکیت بانی در می‌آید و مبلغ اسمی اوراق به صاحبان اوراق بازپرداخت می‌شود.

یکی از ارکان اوراق اجاره، بانی است که نهاد واسط برای تأمین مالی وی، اقدام به انتشار اوراق اجاره می‌کند. رکن دیگر، فروشنده است که اقدام به فروش دارایی به نهاد واسط می‌نماید. رکن دیگر، ضامن است که پرداخت مبالغ اجاره‌بها و بهای دارایی توسط بانی به نهاد واسط را تضمین می‌نماید. رکن دیگر حسابرس بانی است که از مؤسسات حسابرسی معتمد انتخاب می‌شود. برخی ارکان دیگر عبارتند از شرکت

www.SID.ir

Archive of SID

سپرده‌گذاری مرکزی، بازارگردان، متعهد پذیره‌نویسی، شرکت تـأمین سـرمایه، مؤسسـه رتبه‌بندی، و دارایی.



شکل ۱- فرآیند اجرایی انتشار اوراق اجاره

فرآیند اجرایی انتشار اوراق اجاره این‌گونه است که بـانی جهـت مشـخص‌نمـودن شیوه تأمین مالی به یکی از نهادهای دارای مجوز مشـاوره عرضـه، مراجعـه مـی‌نمایـد. مشاور عرضه به نمایندگی از بانی، از سازمان بـورس و اوراق بهـادار موافقـت اصـولی تأمین مالی از طریق انتشار اوراق اجاره را دریافت می‌نماید. مشاور عرضه جهت تعیین نهاد واسط به شرکت مدیریت دارایی مرکزی مراجعه می‌نماید. پس از اخذ مجوز، نهـاد واسط برای تـأمین مـالی از طـرف بـانی بـه انتشـار صـکوک اجـاره و فـروش آن بـه سرمایه‌گذاران (خرید دارایی برای آنان) مبادرت می‌ورزد. نهاد واسط دارایی موجـود را به بانی اجاره می‌دهد. نهاد واسط پرداخت‌های منظم اجاره‌بهـا را بـین سـرمایه‌گـذاران

www.SID.ir

Archive of SID

توزیع می‌نماید. پس از پایان مدت اجاره و فروش دارایی به بانی، نهاد واسط مبلغ اسمی اوراق را به سپرده‌گذاران بازپرداخت می‌نماید.

۳. انواع اوراق اجاره

۳-۱. تقسیم اوراق اجاره بر اساس نوع

اوراق اجاره بر اساس نوع، به اوراق اجاره به شرط تملیک و اوراق اجاره عادی تقسیم می‌شود.

۳-۱-۱. اوراق اجاره به شرط تملیک

نوع قرارداد در این اوراق، قرارداد اجاره به شرط تملیک است. به عنوان مثال، نهاد واسط پس از انتشار و فروش اوراق اجاره، با پول حاصل از آن هواپیمای مورد نیاز شرکت هواپیمایی را می‌خرد و آن را به این شرکت اجاره می‌دهد و اجاره‌بها را از آن دریافت و به سرمایه‌گذاران پرداخت می‌نماید. در پایان دوره اجاره، نهاد واسط هواپیما را به قیمت اولیه به شرکت هواپیمایی فروخته و اصل پول سرمایه‌گذاران را باز می‌گرداند. هم‌زمان با انعقاد قرارداد اجاره، شرکت هواپیمایی متعهد می‌شود هواپیما را در پایان دوره اجاره، به قیمت تعیین‌شده از نهاد واسط خریداری کند. تاکنون اوراق اجاره منتشرشده از نوع اجاره به شرط تملیک بوده است زیرا سرمایه‌گذار در پایان دوره، دارایی مورد اجاره را تملک می‌کند.

۳-۱-۲. اوراق اجاره عادی

اگر از قبل شرط نشده باشد که هواپیما در پایان دوره اجاره، توسط شرکت هواپیمایی خریداری شود، نهاد واسط به عنوان وکیل دارندگان اوراق (مالکان هواپیما) باید در پایان دوره هواپیما را بفروشد و سهم آنان را به نسبت میزان سرمایه‌گذاری آن‌ها بپردازد. ممکن است هواپیما با قیمتی بالاتر یا پائین‌تر از قیمت اولیه فروخته شود. برخلاف اوراق اجاره به شرط تملیک، در اوراق اجاره عادی، تضمینی وجود ندارد که در سررسید اوراق، عین مبلغ سرمایه‌گذاری افراد به آن‌ها پرداخت شود بلکه ممکن است بیشتر یا کمتر باشد. اوراق اجاره عادی به علت ریسک بالاتر تاکنون منتشر نشده است.

www.SID.ir

Archive of SID

۳-۲. تقسیم اوراق اجاره بر اساس هدف

اوراق اجاره به شرط تملیک، براساس هدف، سه دسته است:

۳-۲-۱. اوراق اجاره به شرط تملیک با هدف خرید دارایی

گاهی بانی (دولت یا بخش خصوصی) برای تهیه دارایی نیاز به تأمین مالی دارد. او یک مؤسسه مالی تأسیس می‌کند. مؤسسه، اوراق اجاره به شرط تملیک منتشر می‌کند و با جمع‌آوری وجوه، به وکالت از صاحبان اوراق، کالا را خریداری و به قرارداد اجاره به شرط تملیک به بانی وا می‌گذارد و در پایان مدت اجاره، کالا را به صورت مجانی یا در مقابل عوض معین به تملیک بانی درمی‌آورد. به عنوان مثال، شرکت هواپیمایی برای خرید هواپیما اقدام به انتشار اوراق اجاره (ازطریق نهاد واسط) می‌نماید و به این ترتیب بدون نیاز به پرداخت مبالغ هنگفت برای خرید هواپیما، آن را اجاره و سپس تملک می‌کند.

۳-۲-۲. اوراق اجاره به شرط تملیک با هدف تأمین نقدینگی

گاهی بانی، صاحب دارایی است و به علل دیگری نیاز به نقدینگی می‌یابد. او آمادگی خود برای فروش یکی از دارایی‌های خود به مؤسسه مالی و سپس انعقاد قرارداد اجاره به شرط تملیکِ همان دارایی را اعلام می‌کند. مؤسسه اقدام به انتشار اوراق اجاره به شرط تملیک می‌کند و با جمع‌آوری وجوه به وکالت از صاحبان اوراق، کالا را از بانی خریداری و با قرارداد اجاره به شرط تملیک به بانی وامی‌گذارد و در پایان مدت اجاره، کالا را به صورت مجانی یا در مقابل عوض معین به تملیک بانی درمی‌آورد. به عنوان مثال، شرکت هواپیمایی، هواپیمای کافی برای جابجایی مسافر در اختیار دارد اما با کمبود نقدینگی برای سایر فعالیت‌ها مواجه است. او می‌تواند برخی هواپیمای خود را از طریق نهاد واسط، به خریداران اوراق اجاره فروخته و مجددا از آن‌ها اجاره نماید. شرکت هواپیمایی می‌تواند با فروش هواپیما نقدینگی خود را تأمین کند و در عین حال، هواپیما را در اختیار داشته باشد.

۳-۲-۳. اوراق اجاره به شرط تملیک با هدف تبدیل دارایی‌ها به اوراق بهادار

گاهی بانک یا شرکت لیزینگ یا شرکت سرمایه‌گذاری، دارایی‌های فراوانی را از طریق

www.SID.ir

Archive of SID

عقد اجاره به شرط تملیک واگذار کرده و اجاره بهای آن‌ها را دریافت می‌کند. با استفاده از اوراق اجاره به شرط تملیک می‌توان این دارایی‌ها را نقد کرد و در طرح‌های گوناگون به‌کار گرفت. به عنوان مثال، یک بانک واحدهای مسکونی فراوانی را به صورت اجاره به شرط تملیک در اختیار خانوارهایی گذاشته و اجاره بهای آن‌ها را دریافت می‌کند. او تصمیم می‌گیرد با تبدیل این دارایی‌ها به پول نقد، واحدهای مسکونی جدیدی احداث کند و در اختیار خانوارهای جدید قرار دهد. او از یک مؤسسه مالی می‌خواهد به اندازه دارایی‌های مذکور اوراق اجاره به شرط تملیک منتشر کند و وجوه دریافتی را به بانک و دارایی‌ها را به خریداران اوراق منتقل نماید. مؤسسه چنین می‌کند و به وکالت از صاحبان اوراق، جانشین بانک در قرارداد اجاره به شرط تملیک می‌شود و اجاره بها را بین صاحبان اوراق تقسیم می‌کند. بانک نیز وجوه دریافتی را در طرح‌های گوناگون به‌کار می‌گیرد.

٤. ماهیت فقهی حقوقی اجاره به شرط تملیک

با توجه به این که اوراق اجاره به شرط تملیک مبتنی بر عقد اجاره به شرط تملیک است لازم است ماهیت حقوقی این عقد برای معامله‌کنندگان اوراق آشکار باشد. درباره ماهیت فقهی حقوقی این عقد دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد:

٤-۱. اجاره

از نظر برخی حقوق‌دانان قرارداد اجاره به شرط تملیک در تمامی صورت‌ها و انواعش از ماهیت اجاره بیرون نیست و تملیک، در قصد انشای دو طرف قرارداد حالت فرعی پیدا می‌کند هر چند امکان دارد در انگیزه دو طرف، هدف اصلی باشد؛ بنابراین، تملیک، شرط ضمن عقد است (عیسائی تفرشی و وحدتی شبیری، ۱۳۸۰، ۱۲٤). این سخن ایراد دارد. در عقد اجاره‌ای که در پایان مدت آن، مالک، حق فروش و مستأجر، حق خرید کالا را دارند حالت اصلی، اجاره است. اما در عقد اجاره‌ای که در پایان معامله، مالک می‌باید کالا را تملیک و مستأجر می‌باید آن را تملک کند، حالت اصلی، تملیک و تملک است. ماهیت اجاره، استفاده از منافع در مقابل اجاره‌بها است اما در این قرارداد، قصدی برای اجاره نیست. مالک، قصد تملیک و مستأجر، قصد تملک دارد. تملیک،

www.SID.ir

Archive of SID

هدف اصلی و اجاره حالت فرعی است. شاید بتوان گفت اجاره، حالت فرعی نیز نمی‌باشد زیرا کسی آن را قصد نمی‌کند. تحقق عقد، متوقف بر قصد واقعی لفظ و معنا است. قصد لفظ و معنا، موجب ایجاد یا انشاء ماهیتی در عالم اعتبار است. فرد برای رسیدن به این مرحله، از تصور و ادراک آغاز می‌کند و با توجه به نیازهای مادی و معنوی خود، به نفع و ضرر آن می‌اندیشد و آن‌گاه ضرورت و فایده آن را تصدیق می‌کند و به آن متمایل می‌شود. او اکنون می‌تواند تصمیم بگیرد به آن چه رضا دارد در عالم اراده جامه عمل بپوشاند. اراده در این مرحله، جنبه انشائی یا ایجادی دارد.

از آن‌جا که در اجاره به شرط تملیک، مشتری قصد اجاره و استفاده از منافع و پرداخت پول در مقابل انتفاع را ندارد ماهیت اجاره در عالم اعتبار تحقق نمی‌یابد.[۱]

در عقد اجاره، قصد طرفین، انتفاع منافع است و انتقال مالکیت در نظر نیست. اما در اجاره به شرط تملیک، قصد طرفین انتقال مالکیت است نه انتفاع منافع. در عقد اجاره، لازم نیست که موجر، مالک باشد اما در اجاره به شرط تملیک، یک طرف باید مالک کالا باشد تا بتواند در انتهای قرارداد آن را تملیک نماید. در اجاره، در صورت ورشکستگیِ مالک، طلبکاران، کالا را از دست مستأجر خارج می‌کنند، اما در این قرارداد، این امر برای طلبکاران میسر نیست. اجاره می‌تواند تا آخرین لحظه‌ای که مال، قابل بهره‌برداری است ادامه یابد، اما عقد اجاره به شرط تملیک باید کوتاه‌تر باشد و مال بعد از پایان مدت، قابلیت استفاده داشته باشد. بنابراین، نمی‌توان این عقد را اجاره نامید. بدل اصلی این عقد، فروش اقساطی است. فروش اقساطی با ریسک عدم بازپرداخت اقساط همراه است. اجاره به شرط تملیک، به عنوان جایگزینی مطمئن برای فروش اقساطی ارائه شده تا ریسک عدم بازپرداخت کاهش یابد والا هدف هر دو عقد، یکسان است.

٤-٢. نهاد حقوقی مستقل

یک فرضیه این است که از ترکیب اجاره و بیع، یک نهاد حقوقی مستقل پدید می‌آید و نمی‌توان آن را مشمول احکام ویژه اجاره یا بیع دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۷۸-۸۰)، چنانکه عقد مضاربه از ترکیب وکالت، شرکت، امانت و ... ایجاد می‌شود و ماهیت مستقل دارد (نجفی، جواهر، ج ٢٦، ص ٣٣٦-٣٣٨).

www.SID.ir

Archive of SID

٤-۳. ترکیبی از اجاره و بیع

برخی این عقد را ترکیبی از اجاره و بیع می‌دانند. مشتری از منافع کالا استفاده می‌کند و بابت آن اجاره‌بها می‌پردازد. در پایان مدت اجاره، مالک موظف است کالا را در قبال مبلغی بفروشد. بر این نظریه این ایراد واقع است که اجاره دارایی و تملیک منافع، صوری است و قصد اصلی، تملیک و تملک از طریق بیع است. حال اگر اجاره بودنِ جزئی از عقد زیر سؤال باشد ترکیب عقد از اجاره و بیع نیز زیر سؤال است. اگر بپذیریم که این عقد، ترکیبی از اجاره و بیع است، تا زمانی که اجاره است مشمول احکام اجاره است و زمانی که بیع می‌شود مشمول احکام بیع می‌گردد. اما آیا حالت اصلی و فرعی‌بودن می‌باید لحاظ شود؟ آیا اگر یکی از این دو عقد، اصلی باشد قرارداد تابع همان است. در این صورت، کدام اصلی و کدام فرعی است؟ در یک نظریه، در موردی که مالی به مدت طولانی در برابر اقساط معین واگذار می‌شود و در پایان به ملکیت متصرف در می‌آید آنچه واقع شده بیع است؛ ولی در فرضی که سبب انتقال به وجود نیامده و نیاز به تراضی دوباره یا تصمیم یکی از دو طرف دارد اجاره است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۲۹۲).

٤-٤. ترکیبی از اجاره و شرط تملیک

بنابر یک نظریه، اگر انتقال کالا مجانی باشد اجاره به شرط تملیک، ترکیبی از اجاره و شرط تملیک است.[۲] اما در این حالت، هدف اصلی تملیک است. منظور معامله‌گران همان فروش اقساطی با ریسکی کمتر است. از نظر معامله‌گران، ماهیت این دو یکی است گرچه از نظر حقوق‌دانان ماهیتی متفاوت دارند. معامله‌گران آن را بیع می‌شمارند و اقساط آن را به عنوان اقساط قیمت لحاظ می‌کنند. ورود اجاره به شرط تملیک به حوزه فعالیت‌های اقتصادی تنها به عنوان جایگزینی مطمئن برای قرارداد فروش اقساطی است.

٤-۵. بیع

برخی حقوق‌دانان این عقد را بیع دانسته و گفته‌اند که عقد اجاره عقدی صوری و ظاهری است که طرفین برای پنهان‌داشتن عقد بیع و دریافت قیمت تحت عنوان

www.SID.ir

Archive of SID

مال‌الاجاره منعقد کرده‌اند (لنگرودی، ۱۳۵۷، ۵۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۲۹۲). دلیل ایشان این است که عقد، تابع قصد است. در عقد اجاره به شرط تملیک، طرفین قصد انتقال مالکیت را دارند ولی این انتقال را به تعویق می‌اندازند.[۳] وقتی کلمه اجاره به شرط تملیک بیان می‌شود بیع قصد می‌گردد و وقتی لفظ اجاره را به‌کار می‌رود معنای ظاهری آن نیز به ذهن نمی‌آید. این امر مشابه آن است که وقتی اسم کسی که تقی نام دارد به گوش می‌رسد شخصیت او، بد یا خوب، در ذهن متبلور می‌شود و معنای اسم او که پرهیزگار است به ذهن نمی‌آید. همه اسامی این‌گونه‌اند معنای لفظ در سایه حقیقت و ماهیت، محو می‌شود. عقد اجاره به شرط تملیک نیز این‌گونه است. وقتی نام اجاره به شرط تملیک برده می‌شود کسی اجاره، اجاره‌بها و استفاده از منافع به ازاء اجاره‌بها را تصور نمی‌کند بلکه تملک کالا در مقابل پرداخت اقساط را متصور می‌شود. در این صورت ممکن است اشکال شود اگر آنچه در خارج انشاء می‌شود با قصد متعاملین یکسان نباشد قرارداد باطل است. زمانی که طرفین لفظ عقد را قصد و معنای آن را انشاء می‌کنند معنای لفظ در عالم اعتبار محقق می‌شود. اما زمانی که معنای لفظ را قصد نمی‌کنند بلکه معنای دیگری را قصد و انشاء می‌کنند معنای لفظ در عالم اعتبار محقق نمی‌شود. برای تحقق قرارداد، هم قصد معنا و هم انشاء آن معنا با لفظ صریح باید موجود باشد. حال اگر طرفین بیع را قصد کنند ولی با لفظ اجاره انشاء کنند نه بیع محقق می‌شود و نه اجاره (موسوی بجنوردی، ۱٤۱۹، ج۷، ص٦۲). بنابراین، باید از ظاهرسازی خارج شد و لفظ قرارداد را عوض کرد. اما آیا بنابر این اشکال، همه قراردادهای اجاره به شرط تملیک که با قصد بیع صورت‌گرفته باطل است؟ در صورت بطلان، چگونه می‌توان گذشته را جبران نمود؟ کاتوزیان می‌نویسد لازمه چنین تحلیلی صوری‌دانستن عقد اصلی یعنی اجاره است و این به معنای بطلان اجاره است زیرا قرارداد صوری، باطل است (کاتوزیان، ۱۳٦٤، ص ۲۳۲). با باطل بودن عقد اصلی، شرط ضمن عقد نیز باطل می‌شود.

٤-٦. بیع معلق

برخی این عقد را بیع معلق می‌دانند. در این عقد، قیمت به صورت اقساطی پرداخت

www.SID.ir

Archive of SID

می‌شود[۴] اما انشاء بیع، معلق به پرداخت آخرین قسط است. این که طلبکاران نمی‌توانند مال را مصادره کنند متکی بر اعتبار عرف است. مجموع این قرارداد، یک انشاء است (که انشاء بیع در انتهاء، جزئی از آن است). یک قرارداد انشاء شده است و حقی که برای خریدار ایجاد می‌شود مقدم بر حقی است که برای طلبکار ایجاد می‌شود. طلبکار نسبت به پولی که به مالک داده است حق پیدا می‌کند اما حق او نسبت به خانه متوقف می‌ماند تا تکلیف در انتها معلوم شود. در مورد بیع معلق گفته می‌شود که عقد معلق تا زمان پیدایش و حصول معلق علیه، اثری ندارد و هرگاه معلق علیه موجود نشود مانند آن است که عقدی واقع نشده است (امامی، ۱۳٦۸، ص ۱٦٦). اما می‌توان یک اثر برای این عقد قائل شد و آن عدم تعرض طلبکاران است. نمائات و منافع نیز از هنگام پیدایش معلق‌علیه تعلق می‌گیرد نه از تاریخ عقد، و حصول معلق‌علیه اثر قهقرایی ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۲۷-۳۰). البته طرفین می‌توانند استیفای منفعت را شرط کنند. می‌توان در ضمن قرارداد اصلی که خود، معلق است شرطی لازم‌الاجرا را اعتبار کرد.[۵] لازم‌الاجرا شدنِ عقد معلّق، متکی بر لازم‌الاجرا بودن شروط است. بنابراین، استفاده خریدار از مبیع در فاصله بین عقد و پرداخت آخرین قسط وجهه حقوقی دارد و اگر امکان پرداخت همه اقساط نباشد اقساط پرداخت شده در مقابل منفعت استفاده شده قرار می‌گیرد.[٦] بنابراین نظریه، این عقد، ماهیت اجاره و استفاده از منافع و پرداخت اجاره‌بها ندارد. نام اجاره، نامی صوری است. این عقد با توجه به نیازهای جامعه به وجود آمده و به‌سوی استقلال پیش می‌رود. این عقد، بیع معلق است و اجاره نیست. این عقد، اجاره مشروط به بیع یا تملیک مجانی نیست. نمی‌توان نام اجاره بر آن نهاد زیرا کسی قصد اجاره ندارد.

بر اساس مباحث مطرح شده آشکار می‌شود که عقد اجاره به شرط تملیک ماهیت متفق‌علیه ندارد. اگر خود حقوق‌دانان طرف این عقد قرار گیرند هر یک آن را به‌گونه‌ای متفاوت قصد می‌کنند. در این صورت تکلیف مردم چیست؟ اکثریت مردم از متن معاهده‌نامه آگاه نیستند. آگاهی از متن معاهده‌نامه نیاز به آموزش دارد که محقق نمی‌شود. آنان حتی بر فرض آگاهی از متن معاهده‌نامه، در هنگام انعقاد قرارداد، تملک کالا و پرداخت اقساط به عنوان بخشی از ثمن را قصد می‌کنند و این معنا را انشاء می‌کنند.

www.SID.ir

Archive of SID

در نتیجه، این نگرانی حاصل می‌شود که این عقد به گونه صوری انجام می‌شود. برای تبیین بیشتر، به پدیده صوری‌شدن عقود بانکی و عقد اجاره به شرط تملیک اشاره می‌شود.

۵. صوری‌بودن عقود بانکی

در حوزه بانکداری در بسیاری از موارد، قراردادهای صوری در چارچوب یکی از عقود شرعی مندرج در قانون عملیات بانکی بدون ربا قرار می‌گیرند تا به هر صورت ممکن نیاز متقاضیان وجوه برآورده شود. در این میان نه بانک‌ها و نه متقاضیان وجوه حساسیتی از خود نشان نمی‌دهند که پرداخت و اخذ وجوه منطبق با یکی از عقود اسلامی باشد. اهمیت‌ندادن به این موضوع توسط طرفین و عدم نظارت مراجع ذی‌صلاح، صوری‌بودن عقود را به امری شایع و پذیرفته‌شده تبدیل نموده است (نظرپور و دیگران، ۱۳۹۳، ص ٦٥-۹۲). معامله صوری، معامله‌ای است که طرفین، قصد جدی برای به وجود آوردن آثار حقوقی آن ندارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص۹۸۰). معامله صوری معامله‌ای است که طرفین وانمود می‌کنند عقدی را منعقد ساخته‌اند ولی محتوای آن را قصد نکرده‌اند و قصد آن‌ها بر خلاف صورت ظاهر عقد است. در این صورت، عمل حقوقی به وجود نمی‌آید و انشاء محقق نمی‌شود. یکی از اصول صحت معاملات در فقه و قانون مدنی، وجود قصد لفظ و معنا و انشاء در مرحله انعقاد قراردادها است. برای اینکه یک ماهیت حقوقی انشاء شود انسان باید لفظ و معنا را تصور کند و با توجه به نیازهای خود به نفع و ضرر آن بیندیشد و نسبت به انجام آن تمایل و اشتیاق یابد و آن را در عالم اراده محقق سازد. در فقه اسلامی، اراده در ایجاد تعهدات، جایگاه مهمی دارد و الفاظ، افعال و سایر وسایل اعلام اراده باید کاشف از اراده طرفین قرارداد باشند. اگر یک طرف قرارداد، لفظ را قصد کند اما معنا را قصد نکند یا لفظ و معنا را قصد کند ولی قصد انشاء نداشته باشد قرارداد باطل است. برای تحقق یک عمل حقوقی دو طرفه، اراده انشائی یکی از دو طرف کافی نیست بلکه به دو اراده هماهنگ نیاز است. اراده انشائی طرفین باید در نوع عقد (اجاره، بیع یا ...) و ماهیت نوع عقد (مطلق یا مشروط، منجز یا معلق و ...) و اوصاف مهم، هماهنگ و موافق باشد (لطفی، ۱۳۸۸، ص ٦۳). معامله‌ای که چنین نباشد صوری است. در معامله

www.SID.ir

Archive of SID

صوری طرفین وانمود می‌کنند عقدی را منعقد ساخته‌اند و حال آنکه محتوای آن را قصد نکرده‌اند یا قصد آنان هماهنگ نیست (نظرپور و دیگران، ۱۳۹۳، ص ٦٥-۹۲).

در بسیاری از عقود بانکی مشتری نمی‌داند چه قراردادی را امضا می‌کند. او پول را دریافت می‌کند و اصل و مازاد را می‌پردازد. در جعاله گاه مشتری از ابتدا قصد دارد قرض با بهره بگیرد و قصد انشاء جعاله را ندارد و پول دریافتی را در زمینه‌های دیگر مصرف می‌کند. در سلف گاهی از ابتدا قصد انشاء سلف وجود ندارد و طرفین به محتوای قرارداد توجه ندارند. در مضاربه بانک ابزار لازم برای کنترل و نظارت بر تاجر را در اختیار ندارد و جبران خسارت را با شرط ضمن عقد بر عهده تاجر می‌گذارد و در عمل به‌گونه‌ای رفتار می‌کند که مشتریان تسهیلات را از بانک دریافت کرده و همان مبلغ را به اضافه سود مورد انتظار بانک بازپرداخت می‌کنند (باوند، ۱۳۷٦، ص۳۲۱). در مشارکت مدنی نیز بانک باید با پرداخت بخشی از سرمایه با فعالان اقتصادی شریک شود و در سود و زیان سهیم گردد اما این امر در عمل محقق نمی‌شود.

٦. صوری‌بودن عقود اجاره به شرط تملیک

تسهیلاتی که در چارچوب عقود اسلامی اعطا می‌شوند به چهار گروهِ قرض‌الحسنه، قراردادهای مشارکتی، قراردادهای مبادله‌ای (از جمله اجاره به شرط تملیک) و سرمایه‌گذاری مستقیم تقسیم می‌شوند. اجاره به شرط تملیک سابقه‌ای در فقه ندارد و از باب مصلحت به عنوان یکی از عقود بانک‌داری اسلامی مطرح گردید. این عقد در کشورهای پیشرفته تأثیر بسزایی در رشد تولید داشته اما در نظام بانکداری ایران آن نقش را ایفا نکرده است. شرکت‌های لیزینگ خارجی که این عقد را به‌کار می‌گیرند از توان تجارت برخوردار هستند، بازارها را می‌شناسند، وارد بازار می‌شوند، ریسک بازار را می‌پذیرند، چانه‌زنی و معامله کنند اما بانک‌های ایران از توان تجارت برخوردار نیستند، بازار را نمی‌شناسند، وارد بازار نمی‌شوند، به رقابت در بازار نمی‌پردازند، ریسک بازار را نمی‌پذیرند، چانه‌زنی ندارند. این بانک‌ها در هر عقد اجاره، سود ثابتِ از پیش تعیین‌شده را جستجو می‌کنند. به این خاطر، معاملاتی که قرار است با کمک بانک انجام گیرد عمدتاً شکل صوری می‌یابد. در اجاره به شرط تملیک، بانک باید کالای

www.SID.ir

Archive of SID

مورد نیاز مشتری را به صورت نقد بخرد و به او اجاره دهد و در پایان مدت اجاره به ملکیت او درآورد. مشتری در زمان وقوع عقد، ماهیت فقهی حقوقیِ آن را نه می‌شناسد و نه قصد و نه انشاء می‌کند. مشتری در زمانی که قسط می‌پردازد خود را مستأجر نمی‌شناسد و قسط را اجاره‌بها نمی‌داند و آن را ما به‌ازاء منافع نمی‌شمرد. او از بدو عقد، خود را مالک کالا می‌شمارد و اقساط را بخشی از قیمت کالا می‌داند. جامعه نیز او را نه مستأجر بلکه مالک می‌داند.

در تسهیلات با مبالغ کم، بانک مشتری را در خرید نقد کالا برای بانک وکیل می‌کند. گاه مشتری به‌جای اینکه کالا را بخرد فاکتور صوری از مراکز فروش تهیه کرده به بانک ارائه می‌دهد و بانک موضوع آن فاکتور که وجود خارجی ندارد را به مشتری می‌فروشد. یعنی در ظاهر، معامله صورت گرفته ولی در واقع، قصد طرفین بر خلاف مفاد قرارداد است.

در برخی قراردادهای اجاره به شرط تملیک، ملکی در اختیار بانک نیست تا اجاره دهد. در این‌گونه معاملات به دلیل فقدان قصد انشاء، حکم به بطلان می‌شود. در این موارد، قرارداد صوری میان بانک و متقاضی وجوه منعقد می‌شود و وجه نقد (وام) در ازاء پرداخت اصل به اضافه درصدی مشخص به متقاضی پرداخت می‌شود (نظرپور و دیگران، ۱۳۹۳، ش ۳).

۷. صوری‌بودن اوراق اجاره

اوراق اجاره، مبتنی بر عقد اجاره یا حاکی از آن است. اگر عقد اجاره، صوری باشد اوراقی که بر مبنای آن منتشر می‌شود نیز صوری خواهد بود. پس از تبیین ماهیت قرارداد اجاره و صوری‌بودن عقود بانکی، نیازی به تکرار آن در بحث اوراق نیست بلکه به ذکر برخی مثال‌ها اکتفا می‌شود.

در ایران برخی شرکت‌ها برای موارد متعددی همچون تأمین هواپیما، توربین‌های گازی، واگن قطار، ساختمان و... اوراق اجاره منتشر کرده‌اند.

شرکت ماهان برای خرید یک فروند هواپیمای ایرباس اقدام به تأمین مالی از طریق اوراق اجاره کرد و هر سه ماه، اجاره مورد نظر را می‌پردازد. هواپیما به مالکیت

www.SID.ir

Archive of SID

خریداران اوراق درمی‌آید. آنان هر سه ماه یک بار اجاره‌بها را دریافت می‌دارند. مدت اجاره ٤ سال و نرخ اجاره‌بها ۱۷/۵٪ است. پس از چهار سال هواپیما به مالکیت شرکت درمی‌آید. این اوراق مبتنی بر عقد اجاره به شرط تملیک است. اما آیا در عمل طرفین، قصد اجاره دارند؟ شرکت ماهان جز دریافت تسهیلات با نرخ مذکور برای خرید هواپیما، قصدی نداشته و اکنون مالک هواپیما است. در غیر این صورت، این شرکت نمی‌توانست مالک شود.[۷] خریداران اوراق نیز نه قصد مالکیت هواپیما را دارند و نه قصد اجاره هواپیمای خود به شرکت ماهان. برای آنان مهم نیست که هواپیما به چه قیمت و از کدامین شرکت و از کدامین کشور و تحت کدامین عقد و کدامین شرایط خریداری شده است. اکثریت آنان ماهیت عقد اجاره به شرط تملیک را نمی‌شناسند و آن را قصد و انشاء نمی‌کنند. برای آنان مهم نیست که کالای خریداری‌شده هواپیما است یا کشتی یا غیر آن، کدام شرکت آن را اجاره می‌کند، اجاره‌بها چقدر و سود حاصل از معامله چه میزان است. آنان تنها به نرخ سود توجه دارند. هدف آنان این است که مبلغی بپردازند و بهره ثابت آن را در فواصل معین و برای مدتی معلوم دریافت دارند و اصل مبلغ را در انتها پس گیرند. آنان در هنگام خرید اوراق، این تصور را ندارند که یک هواپیما خریداری می‌کنند. صاحبان اوراق یکدیگر را مالک مشاع هواپیما نمی‌دانند. مردم نیز چنین تصوری درباره آنان ندارند. آنان زمان انعقاد اجاره هواپیما را نمی‌دانند. آنان شرکت ماهان را مستأجر خود نمی‌شمارند و از اجاره‌بها آگاه نیستند. آنان اوراق را برای تحصیل نرخ سود می‌خرند. آنان بهره اوراق را به عنوان اجاره‌بها دریافت نمی‌دارند. نرخ سود اوراق، بر اساس سود مدّ نظر و نه اجاره‌بها پرداخت می‌شود. یکسان‌بودن نرخ سود و مدت اجاره برای این اوراق و اوراق دیگر حکایت دارد که تعیین آن بر اساس شرایط واقعی معامله نیست. با توجه به این نکات استنباط می‌شود عقود انجام شده صوری بوده و از آن استفاده ابزاری به عمل آمده است.

در موردی دیگر، شرکت سرمایه‌گذاری امید درصدد است برای تأمین مالی خود اقدام به فروش سه فقره ملک خود به شرکت واسط و اجاره به شرط تملیک آن دارایی‌ها نماید و هر سه ماه اجاره مورد نظر را پرداخت کند. مدت اجاره ٤ سال و نرخ اجاره ۱۷/۵٪ است و قرار است در پایان، دارایی به مالکیت بانک درآید. این اوراق

www.SID.ir

Archive of SID

مبتنی بر عقد بیع و عقد اجاره به شرط تملیک است. اما شرکت امید قصد واقعی انتقال دارایی‌های خود را ندارد بلکه هدف او فروش اوراق با نرخ بهره معین برای تأمین مالی است. شرایط به‌گونه‌ای تنظیم می‌شود که دارایی از مالکیت شرکت خارج نشود. خریداران اوراق نیز قصد مالکیت و اجاره املاک را ندارند. برای آنان مهم نیست کدام دارایی و به کدامین قیمت خریداری و با چه نرخی اجاره داده می‌شود و سود حاصل چه میزان است. آنان در هنگام خرید اوراق، این تصور را ندارند که فلان املاک را خریداری می‌کنند. آنان یکدیگر را مالک مشاع آن املاک و شرکت را مستأجر خود نمی‌شمارند و از اجاره‌بها آگاه نیستند. هدف آنان از خرید اوراق، دریافت بهره ثابتی است که بر اساس قانون تعیین می‌شود. آنان بهره‌ای که دریافت می‌کنند را اجاره‌بها نمی‌شمارند. یکسان‌بودن مدت اجاره و نرخ اجاره‌بها برای این اوراق و اوراق دیگر گویای آن است که در تعیین آن‌ها به شرایط واقعی بازار توجه نمی‌شود درحالی‌که در عقود واقعی تنها شرایط بازار مدّ نظر قرار می‌گیرد. از این نکات می‌توان نتیجه گرفت قرارداد انجام شده صوری است.

در مثالی دیگر، بانک سامان برای تأمین مالی خود اقدام به فروش هشت فقره ملک خود به شرکت واسط و اجاره به شرط تملیک همان دارایی‌ها نمود. مدت اجاره ٤ سال و نرخ اجاره ۱۷/۵٪ و مقاطع پرداخت، هر سه ماه یک بار بوده است. قانون، مدت و نرخ اجاره‌بها را صرف نظر از شرایط بازاری تعیین کرده است. بانک قصد واقعی فروش املاک و اجاره‌کردن آن‌ها را ندارد. خریداران اوراق قصد واقعی تملک املاک و اجاره‌دادن آن را ندارند. صاحبان اوراق، خود را مالک املاک نمی‌دانند و سود دریافتی را اجاره‌بهای دارایی خود نمی‌شمرند.

در موردی دیگر، شرکت جوپار برای خرید واگن برای استفاده در خطوط ریلی کشور اقدام به تأمین مالی از طریق اوراق اجاره نمود. مدت اجاره ٤ سال و مقاطع پرداخت هر سه ماه یک‌بار بود. نرخ سود و مدت اجاره نیز مشابه موارد دیگر و بدون توجه به شرایط واقعی بازار است. خریداران اوراق قصد واقعی برای تملک واگن‌ها و سپس اجاره‌دادن آن‌ها را ندارند. برای آنان مهم نیست که شرکت جوپار چه نوع کالایی و با چه قیمتی خریداری می‌کند. آنان خود را مالک واگن‌ها نمی‌شمرند و از زمان

www.SID.ir

Archive of SID

اجاره‌دادن آن آگاه نیستند و سود دریافت‌شده را نه اجاره‌بهای واگن‌ها بلکه بهره پول خود می‌دانند. قصد واقعی شرکت از ابتدای قرارداد، مالکیت واگن‌ها بود. شرکت سود پرداختی را به عنوان بهره پول‌های دریافت‌شده و نه به عنوان اجاره‌بهای کالای اجاره شده می‌پردازد.

در موردی دیگر، شرکت خدمات ارتباطی رایتل ۳۰۰۰ میلیارد ریال اوراق اجاره با نرخ ۲۲ درصد به منظور تأمین مالی خریدِ تجهیزات سایت‌های مخابراتی، در فرابورس عرضه می‌کند. مدت اوراق ٤ سال و سود آن ۲۲ درصد است. ایرادات مذکور در این مورد نیز جریان دارد.

مطالب ارائه‌شده درباره این اوراق حکایت از غیر واقعی بودن آن‌ها دارد. می‌توان شواهدی دیگر برای صوری‌بودن اوراق جستجو نمود که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود.

از لوازم حقیقی‌بودن اوراق اجاره، وجود ریسک عدم اجاره دارایی توسط بانی است. هر دارایی که به وکالت از سرمایه‌گذاران در اختیار واسط است می‌باید به بانی اجاره داده شود و بانی ممکن است از اجاره دارایی به دلایلی منصرف شود. در این حالت، برای پوشش ریسک می‌توان از ضمانت‌نامه بانکی بدون قید و شرط یا گنجاندن شرط وجه التزام در قرارداد استفاد کرد. اما اگر فرآیند به‌گونه‌ای باشد که چنین ریسکی وجود نداشته باشد شبهه صوری‌بودن قرارداد شکل می‌گیرد.

از لوازم حقیقی‌بودن اوراق اجاره این است که اجاره‌بها به شرایط بازاری پیوند بخورد. اگر اجاره‌بها به نرخ بهره دستوری بانکی پیوند بخورد شبهه صوری و ربوی‌بودن معامله بودن پیش می‌آید.

از دلایل صوری‌بودن اوراق اجاره، ثابت‌بودن نرخ سود برای انواع اوراق است. مسلم است که نرخ اجاره هواپیما و نرخ اجاره املاک متفاوت است. همچنین هر نوع ملک نرخ اجاره متفاوتی دارد. اما در اوراق اجاره یک نرخ ثابت برای همه اوراق تصویب می‌شود.

از لوازم حقیقی‌بودن اوراق اجاره این است که اگر بانی نتواند اجاره‌بها را بپردازد کالا به مالکیت او درنیاید. در این حالت باید مشخص شود وضعیت آتی کالا چه

www.SID.ir

Archive of SID

می‌شود. اما در اوراق اجاره سرنوشت حتمی کالا این است که به مالکیت بانی درآید و درباره عدم مالکیت بانی و بقای مالکیت صاحبان اوراق تدبیری اندیشیده نمی‌شود.

از لوازم حقیقی‌شدن اوراق این است که اگر داراییِ موضوع قرارداد بدون افراط و تفریط مستأجر از بین برود دارندگان اوراق دچار زیان شوند. البته برای پوشش این ریسک می‌توان از خدمات بیمه‌ای استفاده کرد. اما فقدان هرگونه ریسک و فقدان استفاده از پوشش‌های ریسک، گمان صوری‌بودن اوراق را تقویت می‌سازد.

جای بررسی است که اگر در هر یک از مثال‌های فوق، به‌جای اوراق اجاره، اوراق قرضه با همان نرخ ارائه شود چه تفاوتی در حقیقت مسئله ایجاد می‌شود؟ فرق میان حلال و حرام از نظر ماهیت و حقیقت و تأثیر، بسیار است. حرام موجب اخلال و حلال موجب اصلاح است. اما در جایی که ماهیت دو امر تفاوتی ندارد چگونه می‌توان گفت که یکی حلال و دیگری حرام است؟

۸. چالش‌های اوراق اجاره

اوراق اجاره علاوه بر شبهه صوری‌بودن، با چالش‌های دیگری همراه است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود. این اوراق مشتری‌هایی دارد. اما آیا این اوراق مشتری‌های جدیدی در بازار پول و سرمایه ایجاد می‌کند؟ آیا این اوراق مشتری‌های موجود در بازار پول و سرمایه را به سوی خود می‌کشاند و در سطح کلان بر تعداد مشتری‌ها نمی‌افزاید؟ این اوراق برای اینکه مشتری‌های جدیدی در سطح کلان ایجاد کند نیاز به جاذبه‌هایی دارد. جاذبه‌های این اوراق کدام است؟ ناشران این اوراق سود ثابتی را برای این اوراق پیشنهاد می‌کنند. اگر سود این اوراق بیشتر از سود بانک‌ها باشد برخی مشتریان بانک‌ها، بانک را رها می‌کنند و این اوراق را خریداری می‌کنند. اگر سود این اوراق بیشتر از سود بانک‌ها نباشد کدامین جاذبه مشتری‌های جدید را به سوی این اوراق می‌کشاند؟ وقتی اوراق بهادار از سوی بانک ارائه شود برای مشتری تفاوتی ندارد که پول خود را به صورت سپرده سرمایه‌گذاری نگاه دارد یا به صورت اوراق. در این صورت، اوراق، مشتری جدیدی اضافه نمی‌کند. اگر اوراق بهادار از سوی بانک ارائه نشود نمی‌تواند با ابزارهای بانکی رقابت کند. پیش‌نیاز این اوراق، بازار ثانویه فعال

www.SID.ir

Archive of SID

است تا خریدار در صورت نیاز اوراق خود را بفروشد. این اوراق با ریسک نقدشوندگی همراه است. ریسک نقدشوندگی اوراق اجاره بر اساس شرایط بازار مانند میزان تقاضا، میزان عرضه، نرخ تورم، نرخ سود بانکی، تغییر در رتبه اعتباری اوراق و ... تعیین می‌شود. مشکل نقدشوندگی در بازار ثانویه اوراق، تمایل سرمایه‌گذاران به ورود در بازار اوراق را کاهش می‌دهد. این اوراق مانند دیگر اوراق بهادار که نرخ سود ثابت ارائه می‌دهند با ریسک تورم همراه هستند. در زمان تورم، کالا گران می‌شود و اجاره‌بهای کالا افزایش می‌یابد اما اجاره‌بهای صوری که به خریدار اوراق پرداخت می‌شود ثابت می‌ماند. این امر موجب کاهش قدرت خرید اوراق است. با توجه به افزایش بانک‌ها و شعبه‌های آن‌ها، جای بررسی است که چه میزان وجوه قابل سرمایه‌گذاری نزد مردم باقی مانده است. اگر حجم این وجوه اندک باشد نمی‌توان موفقیتی برای انتشار اوراق تصور کرد. در این حالت، خرید اوراق تنها به معنای تبدیل تسهیلات بانک‌ها به اوراق بهادار است. حال این سؤال مطرح می‌شود که چرا تسهیلات را به اوراق بهادار تبدیل نماییم؟ آیا هدف این است که محوریت تسهیلات از بانک‌ها به بازار سرمایه انتقال یابد؟ ریسک دیگر سوءاستفاده واسط از وجوه دریافتی است. این امر نیاز به نهادی به نام امین ایجاد می‌کند که بر واسط نظارت دارد. ممکن است تولیدکننده پس از انتشار اوراق و جمع‌آوری وجوه، به دلیل افزایش قیمت بازار، دارایی را به واسط نفروشد. به این خاطر، در قرارداد، واسط ملزم به تهیه پول و فروشنده ملزم به تهیه کالا می‌شوند. می‌توان وجه التزامی در قرارداد مشخص کرد که در صورت عدم ایفای تعهدات، طرف مقابل آن را به عنوان خسارت دریافت دارد. چالش دیگر این است که واسط از اجاره‌دادن دارایی به بانی و بانی از اجاره‌کردن دارایی منصرف شود. در این‌جا نیز از طریق استفاده از ضمانت‌نامه بانکی یا شرط وجه التزام می‌باید طرفین را ملزم به اجرای قرارداد نمود. معمولاً وجود واسط امری صوری است. واسط باید فردی آشنا با خرید و فروش باشد. ممکن است واسط به بانی وکالت دهد که کالا را از تولیدکننده دریافت دارد.

چالش دیگر، ریسک نرخ سود است یعنی تغییری که در ارزش اوراق بهادار به دلیل تغییر در نرخ بازده سایر فرصت‌های سرمایه‌گذاری اتفاق می‌افتد. به دلیل

www.SID.ir

Archive of SID

ثابت‌بودن اجاره‌بهای اوراق اجاره، افزایش نرخ سود در بازار پول و سرمایه سبب می‌شود خریداران اوراق اجاره در مقایسه با نرخ سود بازار پول و سرمایه، سود کمتری دریافت نمایند. همچنین ممکن است اجاره‌بهای واقعی دارایی از اجاره‌بهای تعیین‌شده در قرارداد بیشتر شود.

چالش دیگر، ریسک اعتباری است. به احتمال عدم برگشت اصل و اجاره‌بها ریسک اعتباری گفته می‌شود. جهت اطلاع از ریسک اعتباریِ یک ناشر می‌توان به رتبه اعتباری آن که توسط مؤسسات رتبه‌بندی اعتباری تعیین می‌شود مراجعه نمود. اوراق اجاره همانند سایر انواع اوراق بهادار باید از رتبه اعتباری برخوردار باشند؛ یعنی خریداران اوراق باید از ریسک‌های آن اطلاع کافی داشته باشند تا عدم تقارن اطلاعاتی کاهش یابد. جهت پوشش ریسک اعتباری می‌توان از تضامین بانی یا ضامن استفاده کرد. بانی می‌باید سفته، چک یا مبلغی به اندازه اجاره‌بهای ۳ الی ٤ ماهه نزد امین بگذارد تا در صورت عدم پرداخت اجاره‌بها، امین آن را به سرمایه‌گذاران پرداخت نماید. هر قدر رتبه اعتباری کمتر باشد میزان اجاره‌بها باید بیشتر باشد. روش دیگر این است که ضامن با دریافت مبلغی از واسط یا بانی، میزان اجاره‌بهای دریافتی دارندگان اوراق را تضمین نماید. اوراق اجاره باید بر اساس رتبه اعتباری، وجود ضامن و یا تضمین، قیمت‌گذاری شوند. اگر رتبه ناشر تغییر کند بر روی قیمت تأثیر می‌گذارد. ریسک دیگر، احتمال ناتوانی شرکت در به‌دست‌آوردن وجه کافی جهت پرداخت بدهی است. ممکن است بانی قادر به فروش محصولات یا خدمات خود به قیمت متداول در بازار نباشد. ریسک دیگر، ریسک ورشکستگی نهادهای مالی است.

در مجموع، چالش‌ها و ریسک‌های اوراق اجاره علاوه بر شبهه صوری‌بودن آن این فرضیه را ایجاد می‌کند که این اوراق نمی‌تواند تاثیر مثبتی در نظام بانکی بگذارد.

نتیجه‌گیری

با توسعه بازارهای مالی، هر روز بر اهمیت و اثرگذاری آن‌ها در اقتصاد افزوده می‌شود. بازارهای مالی اسلامی نیز با سرعت بسیار در حال توسعه است. اوراق اجاره یکی از ابزارهای مالی اسلامی و مبتنی بر عقد اجاره به شرط تملیک است که بعد از طراحی در برخی کشورهای اسلامی در ایران نیز به‌کار گرفته شد.

www.SID.ir

Archive of SID

ماهیت عقد اجاره به شرط تملیک در میان فقها و حقوق‌دانان مورد اختلاف است.

با توجه به ساختار بازار پول و سرمایه در کشور، عقود اسلامی از جمله عقد اجاره به شرط تملیک گاهی به شکل صوری اجرا می‌شوند و در نتیجه اوراقی که مبتنی بر این عقود هستند نیز صوری خواهند شد. در مقام اجرا قرائنی وجود دارد که نشان می‌دهد در اوراق اجاره طرفین نه قصد تملیک دارند و نه قصد اجاره.

یادداشت‌ها

۱. اکثر کسانی که این قرارداد را امضا می‌کنند از ماهیت قرارداد آگاه نیستند. آنانکه از ماهیت قرارداد آگاه می‌شوند قصدشان تملک دارایی است نه استفاده از منفعت آن. آنان استفاده از منفعت در مقابل اجاره بها را قصد نمی‌کنند و حتی اگر آن را قصد کنند اراده جدی بر انشاء آن ندارند. اراده جدی آنان بر تملک دارایی است.

۲. در این‌جا اگر تملیک خود به خود انجام شود شرط شرط نتیجه است و اگر مالک این کار را دهد شرط فعل می‌باشد. قانون بانکداری، نوع قرارداد اجاره به شرط تملیک را از جهت شرط نتیجه یا شرط فعل بیان نکرده است. اغلب مراجع، شرط نتیجه را باطل و شرط فعل را صحیح دانسته‌اند (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۸۱، ۲۷-۲۹) زیرا در شرط نتیجه، انشاء قصد تملیک، معلق است. مجمع فقه اسلامی وابسته به سازمان کنفرانس اسلامی اجاره به شرط تملیک به‌گونه‌ای که در کامن لا مطرح است و با شرط نتیجه همراه است را جایز ندانست و قرارداد فروش اقساطی با دریافت تضمین کافی و قرارداد اجاره با شرط خیار خرید را به عنوان جایگزین پیشنهاد کرد (مجمع فقه اسلامی، ۱٤۱۸ ق، ص ۳۲ و ۱۰۵). در پاسخ به ایراد مذکور بر شرط نتیجه گفته می‌شود انشاء عقد، امری اعتباری است و می‌تواند هرگونه اعتبار شود. انشاء عقد به صورت معلق، یک امر اعتباری است و آسیبی به معامله و اقتصاد نمی‌رساند. اکثر فقهای متأخر، عقد معلق را به صورت تعلیق در منشأ (انصاری، مکاسب، ص ۱۰۰؛ نایینی، منیه الطالب ، ص۱۱۳) و برخی آن را به صورت تعلیق در انشاء پذیرفته‌اند (امام خمینی، البیع، ج۱، ص۲۳۲). قوانین بانکی برای فرار از شبهه بطلان، شرط فعل را به‌کار گرفته‌اند اما در عمل، آنچه در بانک‌ها انجام می‌گیرد در ظاهر، شرط فعل و در باطن، شرط نتیجه است زیرا مستأجر می‌تواند بانک یا موجر را ملزم به تملیک نماید. بر طبق ماده ۲۳۷ ق.م. اگر موجر در پایان مدت عقد اجاره به شرط

www.SID.ir

Archive of SID

تملیک، از تملیک خودداری نماید مستأجر می‌تواند او را ملزم بـه تملیـک سـازد. در ایـن حالت، ثمره شرط فعل مانند ثمره شرط نتیجه است. نگاه اصلی حقوق اسلامی به آثار یک فعل است. یک فعل اگر دارای حسن فعلی و فاعلی باشد صحیح و اگر نباشد باطل اسـت. زمانی که دو فرآیند به یک ثمره منجر می‌شود در اکثر موارد نمی‌توان گفت یکی صحیح و دیگری باطل است.

۳. تعویق این انتقال تنها به عنوان تضمینی برای دریافت اقساط است. هـدف اصـلی، فـروش اقساطی است. در فروش اقساطی، ریسک عدم پرداخت اقساط موجود است. برای کـاهش یا حذف این ریسک، نیاز به تضامینی است. یکی از این تضامین تعویق انتقـال اسـت. امـا تعویق انتقال شبهه ایجاد عقد جدید با ماهیت جدید را پدید می‌آورد. از سویی، نام‌گـذاری جدید برای این عقد جدید شبهه تفاوت قصد لفظ و قصد معنا و در نتیجه صوری و باطل شدن عقد را ایجاد می‌کند.

٤. بنابراین، هر قسط بخشی از قیمت است نه اجاره‌بها و به ازاء استفاده از منافع.

۵. بنابر آیه شریفه «اوفوا بالعقود» هر اعتبار عرفی که با ظلم، فساد و اخلال همراه نباشد مقبول است.

٦. ممکن است گفته شود که در بیع معلق، استفاده خریدار از کالا در فاصـله عقـد و پرداخـت آخرین قسط وجهه حقوقی ندارد و اگر مالک، اذن تصـرف بـه خریـدار بدهـد چنـان‌چـه خریدار، امکان پرداخت اقساط را نیابد تصرفات او مجانی می‌شود. اما می‌تـوان ایـن‌گونـه اعتبار نمود که در حالت اخیر، تصرفات در مقابل بهایی عادلانه باشد.

۷. آنان به این عقد، حداکثر به دید خرید اقساطی می‌نگرند. اگر بـه ایشـان اختیـار داده شـود، خرید اقساطی را بر اجاره به شرط تملیک ترجیح می‌دهند زیرا با قصد آنان مطابق است.

کتابنامه

امامی، حسن (۱۳٦۸)، *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران: کتاب فروشی اسلامیه.

امیر اصلانی، اسدالله (۱۳۷۱)، *مجموعـه سـخنرانی‌هـا و مقـالات سـومین همـایش بانکـداری اسلامی*، تهران: مؤسسه عالی بانکداری.

انصاری، مرتضی (۱۳۷۵)، *مکاسب*، مؤسسه نشر اسلامی، تهران

باوند، فرزاد (۱۳۷٦)، *مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات ششمین همایش بانکداری اسلامی*، تهران: مؤسسه عالی بانکداری.

www.SID.ir

Archive of SID

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۷)، *دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت*، ج ۱، تهران: بنیاد راستاد.

خلجی، حسن‌رضا (۱۳۸۷)، نگرشی بر قلمرو قصد تعاملی در فقه امامیه، *مجله فقه و مبانی حقوق*، ش ۸.

سروش، ابوذر و صادقی، محسن (۱۳۸۷)، مدیریت ریسک اوراق بهادار اجاره، *فصلنامه علمی‌پژوهشی اقتصاد اسلامی*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، شماره ۲۷، ص۱۵۹-۱٦۰.

عیسایی تفرشی، محمد و حسن وحدتی شبیری (۱۳۸۰)، ماهیت حقوقی، احکام و آثار قرارداد اجاره به شرط تملیک، *ماهنامه دانشور*، ش ۳٦.

کاتوزیان، امیرناصر (۱۳٦٤)، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: به‌نشر.

کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۱)، *عقود معین*، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.

لطفی، اسدالله (۱۳۷۹)، *عقد بیع*، تهران: انتشارات خرسندی.

مجمع فقه اسلامی (۱٤۱۸)، *مصوبه‌ها و توصیه‌ها تا پایان نهمین نشست*، قم: مجمع فقه اهل بیت.

مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه (۱۳۷۳)، *مجموعه آراء فقهی قضایی*، ج ۱، قم: معاونت آموزش و تحقیقات.

موسوی بجنوردی، محمدحسن (۱٤۱۹)، *القواعد الفقهیه*، ج ۷، قم: الهادی.

موسوی خمینی، روح‌الله، *البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام (ره)

نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳)، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*؛ ج ۱، تهران، المکتبة المحمدیة.

نجفی، محمدحسن (۱۳٦۳)، *جواهر الکلام*، ج ۲٦ و ۳۱، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

نظرپور، محمدنقی، محمدرضا یوسفی، میمنت ابراهیمی (۱۳۹۳)، شاخص‌های صوری‌شدن معاملات در عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران، *فصلنامه پژوهش‌های اقتصادی*، شماره سوم.

www.SID.ir