

## تحلیل فقهی و حقوقی مالیت استقلالی اوراق بهادار

نصراالله جعفری خسروآبادی\*

استادیار دانشگاه آیت‌الله حائری میبد

(تاریخ دریافت: ۹۵/۷/۲۴؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۹/۲۷)

### چکیده

بدون تردید مالیت و ارزش اوراق بهادار از حیث تحلیل اقتصادی، به منشأ صدور آنها وابسته است و فی‌نفسه ارزش و مالیتی ندارند؛ در عین حال گروهی از حقوقدانان با تأکید بر اوراق سهام و بر مبنای نظریه تقلیدی «ادغام»، برای اوراق بهادار ارزش و مالیت استقلالی قائل شده‌اند و آنها را از روابط حقوقی منشأ صدورشان، منفک و مستقل دانسته‌اند. این گروه اوراق بهادار را فی‌نفسه نوع خاصی از حقوق عینی محسوب می‌کنند و نقل و انتقال آنها را خارج از حقوق تعهدات و قراردادهای می‌دانند. در این رابطه به‌نظر می‌رسد نه تنها هیچ‌یک از دلایل ارائه‌شده وجاهتی ندارد، بلکه به‌دلیل عدم انفکاک مقررات حقوق اموال از حقوق قراردادهای در حقوق اسلامی و به‌تبع آن حقوق ایران، توجیه مالیت مستقل برای اوراق ضرورت چندانی ندارد و اثر خاصی بر آن مترتب نیست؛ در واقع این دیدگاه نه تنها توجیه اقتصادی ندارد، بلکه توجیه فقهی و حقوقی هم ندارد که در این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی به نقد و بررسی آن خواهیم پرداخت.

### واژگان کلیدی

اموال، اوراق بهادار، تعهدات، سهام، صکوک، مالیت استقلالی.

## مقدمه

در رابطه با ماهیت اوراق بهادار یکی از مهم‌ترین مسائل طرح‌شدنی، نقش ورقه در مالیت‌بخشی آنها و پاسخ به سؤالاتی از این قبیل است: آیا در نظام حقوقی ایران اوراق فی‌نفسه مال محسوب می‌شوند یا اینکه صرفاً سند و نمایانگر دارایی هستند؟ آیا شناخت ماهیت اوراق به شناخت ماهیت روابط حقوقی مبنای صدور آنها منوط است یا اینکه ماهیت مستقل دارند و ماهیت آنها با منشأ صدور آنها ارتباطی ندارد؟ نقل و انتقال اوراق بهادار تابع حقوق اموال است یا حقوق قراردادها؟ در چه صورتی ایرادها پیرامون رابطه منشأ در مقابل دارنده با حسن نیت استنادپذیر نیست؟ که در این نگاره به بیان دیدگاه‌های مختلف پیرامون آن خواهیم پرداخت. گفتنی است این سؤالات نه تنها در حقوق داخلی مطرح شده، بلکه ریشه‌ی طرح آن در حقوق خارجی است، چرا که در حقوق خارجی به دلیل وجود تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی و بر اساس یک سنت دیرین که در حقوق روم ریشه دارد، حقوق تعهدات یا همان حقوق قراردادها که منشأ ایجاد حقوق شخصی یا دینی هستند، شاخه‌ی مستقلی از حقوق را تشکیل می‌دهند و ارتباط ماهوی با حقوق اموال یا همان حقوق عینی ندارند، از این رو پاسخ به این سؤالات در حقوق خارجی تأثیر بسزایی در ماهیت اوراق و نقل و انتقال آنها دارد؛ لیکن در حقوق اسلام و به تبع آن حقوق ایران، وضع متفاوتی وجود دارد که پس از تحلیل فقهی و حقوقی مال و مالیت اشیا و بررسی دیدگاه حقوقدان و ادله‌ی طرفداران مالیت استقلالی اوراق، با رویکرد تحلیلی به نقد مالیت استقلالی اوراق خواهیم پرداخت و رویکرد حقوق اسلام را آشکار می‌کنیم.

## تحلیل فقهی و حقوقی مالیت اشیا

در رابطه با تأیید یا رد مالیت استقلالی اوراق بهادار، شایسته است در ابتدا به اصل مسئله مالیت و پاسخ به این سؤال بپردازیم که آیا مالیت اشیا یک امر واقعی و حقیقی یا عرفی محض یا عقلایی یا اعتباری است. در واقع حل مسئله مالیت داشتن اوراق بهادار در گرو تحلیل فقهی و حقوقی ملاک مالیت اشیاست که در این بخش به تحلیل آن خواهیم پرداخت.

در اصطلاح حقوق اسلامی تعریف‌های متعددی از مال ارائه و مصادیق مختلفی برای آن ذکر کرده‌اند. در این زمینه فقه اسلامی در دوران مختلف تطور و تکامل شایان ملاحظه‌ای داشته است. در تلقی سنتی فقه و بر اساس ظاهر کلام عالمان لغت، در اصطلاح نیز مال تعریفی مترادف با معنای لغوی آن و تنها به اعیان اختصاص دارد (به نقل از جزایری، ۱۴۱۶، ج ۳: ۲۱۴). در مذهب حنفیه نیز نقل شده است که مال فقط به اعیان اختصاص دارد و شامل منافع نمی‌شود (حائری، ۱۴۲۳: ۱۰۹).

سپس مفهوم مال توسعه پیدا می‌کند و شامل عین و منفعت می‌شود و تنها در صدق عنوان مال بر حق (حتی حق مالی) تردید وجود دارد و حقوق، مال تلقی نخواهد شد (شیرازی، بی تا، ج ۵: ۹). از این منظر حق، سلطه و اعتباری است که شاید به اموال تعلق گیرد نه اینکه فی نفسه مال باشد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۱۱) به عنوان مثال «حق تحجیر، سلطه یا سلطنتی است که به زمین موات که مال امام است، تعلق گرفته نه اینکه نفس حق تحجیر مال محسوب شود»<sup>۱</sup> (اراکی، ۱۴۱۵، ج ۱: ۱۱).

اما در مرحله سوم تکامل و بر مبنای دیدگاه مشهور فقها، مال تعریف موسعی می‌یابد و شامل حقوق مالی هم می‌شود و بر این اساس تعریف مال، متفاوت خواهد شد. در این مرحله از توسعه و تکامل مال، برخی مال را به این شرح تعریف کرده‌اند: «المال مایبذل بازائه المال» (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۲۳۷)؛ یعنی «مال چیزی است که در مقابل آن مال بدهند» که این تعریف مورد انتقاد اغلب فقها واقع شده، چرا که تعریفی دوری است (ایروانی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۱۶۵؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۳: ۵۱). لذا در تعریف جامع و مانعی مال این گونه تعریف می‌شود: «چیزی که عقلا در به دست آوردن آن میل و رغبت دارند و حاضر به پرداخت عوضی در مقابل آن هستند» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۳۸؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳ الف، ج ۱: ۱۸؛ سند، ۱۴۲۸: ۲۶). از این رو میل و رغبت مردم در به دست

۱. «و أنّ الحقّ عبارة عن السلطنة المتعلّقة بالمال، و ليس بمال كحقّ التحجیر، فإنّ متعلّقه هو الأرض الموات، و هی مال الإمام - علیه السلام - و الشخص المحجّر مسلّط علیها».

آوردن شیء، متقوم و ملاک مالیت قرار می‌گیرد.

شایان ذکر است که اکثر فقهای معاصر برای عنوان مال نه حقیقت شرعیه قائل هستند و نه متشرعه؛ بلکه آن را عرفی و شامل هر چیزی می‌دانند که مردم در به‌دست آوردن آن رغبت نشان دهند. همچنین به این اشکال که «حق» همانند «ملک» سلطه و رابطه‌ای اعتباری است و فی‌نفسه مال نیست، بلکه به مال تعلق گرفته است، این‌گونه پاسخ داده‌اند که: مالیت داشتن متعلق حق، در صدق عرفی عنوان مال کافی است (حسینی حائری، ۱۴۲۳ب، ج ۱: ۱۴۱). به بیان دیگر به اعتبار متعلق حق، می‌توان نفس حق را عرفاً مال دانست.

در عین حال گفتنی است که رغبت و انگیزه مردم یا عرف جامعه در به‌دست آوردن اشیا یا همان مالیت اشیا یا ذاتی است یا اعتباری. رغبت مردم در زمینه برخی از اشیا به‌واسطه ذات و طبیعت شیء است که نیازی را از انسان برآوردن می‌کند، مثل خوراکی‌ها یا پوشاکی‌ها که فی‌نفسه دارای منفعت هستند و در زمینه برخی از اشیا، رغبت و انگیزه مردم، ناشی از جعل و اعتبار جاعل است؛ همانند اسکناس (سند، ۱۴۲۸: ۲۶) یا مال کلی فی‌الذمه؛ رغبت مردم در به‌دست آوردن اسکناس ناشی از اعتباری است که دولت برای این ورقه در نظر گرفته و اعتبار مالیت دیون ناشی از اعتبار عقلاست؛ پس این اموال، اعتباری هستند. از این منظر مالیت صفتی اعتباری است که لزوماً به موصوف خارجی نیازمند نیست. امکان حصول آن در خارج برای صدق مال کافی است؛ از این‌رو اموری همچون عمل انسان یا مال کلی که عقلاً در به‌دست آوردن آنها میل و رغبت نشان می‌دهند نیز مال محسوب می‌شود<sup>۱</sup> (حسینی میلانی، ۱۳۹۵: ۱۹). بنابراین، مال شامل حقوق و امتیازات قانونی و حقوق مالکیت فکری هم می‌شود. بنابراین انگیزه مردم در به‌دست آوردن اشیا که ملاک مالیت داشتن آن است، نمی‌تواند بی‌دلیل باشد؛ یا ناشی از طبیعت و ذات شیء یا

۱. «أن المالیة صفة اعتباریة لایلزم فی موصوفها أن یکون موجودا فی الخارج فعلا و یکفی فیہ إمكان أن یوجد فیصدق علی عمل الحرّ أنه مال حیث أنه ممّا تمیل إلیه النفوس و تتصدی لتحصله ببذل شیء فی قبالة».

ناشی از اعتباری است که از سوی دولت یا عقلا برای آن شده است که در خصوص نفس اوراق بهادار به نظر می‌رسد هیچ از این دو وصف ذاتی یا اعتباری وجود ندارد که در ادامه به شرح آن خواهیم پرداخت.

گفتنی است در اصطلاح حقوق ایران نیز به چیزی که ارزش اقتصادی دارد و قابل تقویم به پول باشد، مال می‌گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ذیل واژه مال) به بیان دیگر به هر چیزی که مفید باشد و نیازی را برآورد و قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد، مال گفته می‌شود (صفایی، ۱۳۹۰: ۱۴۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۹). از این حیث هیچ محدودیتی نسبت به موضوع مال وجود ندارد و مال امور صرفاً اعتباری همچون حقوق مالی و امتیازات اعتباری و قانونی و... است و بنابراین لازم نیست که مال محسوس و مادی باشد (کاتوزیان، همان). همچنین در تحلیل دقیق‌تری از سوی برخی از حقوقدانان، مال به چیزی اطلاق می‌شود که دارای مالیت باشد و مالیت عبارت است از وجود خصوصیت یا ویژگی در شیء که موجب قابلیت انتفاع نوعی، مبادله یا نقل و انتقال و تقویم آن باشد (باریکلو، ۱۳۹۰: ۹).

بر مبنای این تعریف صرف قابلیت انتفاع و نفع عقلایی برای مالیت داشتن کافی نیست، بلکه باید امکان مبادله و داد و ستد نیز داشته باشد و عقلا برای اکتساب آن حاضر به پرداخت هزینه باشند.

بنابراین به نظر می‌رسد «مالیت» مفهومی انتزاعی و یک ویژگی در شیء است که از قابلیتش برای داد و ستد در بازار یا نفع و فایده عقلایی آن انتزاع می‌شود. در واقع مطلوبیت شیء که منشأ انتزاع مالیت است گاه از ذات و طبیعت آن برمی‌خیزد؛ مثل خوراکی‌ها یا پوشاکی‌ها و ... و گاه در ذات او نهفته نیست، بلکه در طول اعتبار عقلا یا دولت پدید می‌آید، همچون حق تحجیر که پس از اعتبار شارع، یا دین بر ذمه که پس از اعتبار عقلا یا اوراق نقدی که به دنبال اعتبار حاکم پدیدار می‌شود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹: ۳۸۱).

## تحلیل مالیت استقلالی اوراق

برخی از حقوقدانان اوراق را یکسره حق دینی دانسته‌اند و برای ورقه یا سند، ماهیت و ارزش مستقلی در نظر نگرفته‌اند و در واقع در مالیت‌بخشی اوراق به رابطه منشأ صدور توجه داشته‌اند و سند کاغذی یا الکترونیکی را در ماهیت آن دخیل نکرده‌اند (شعاریان و تفرشی، ۱۳۸۱). در مقابل گروهی به انتقاد از این دیدگاه برآمده‌اند و ورقه یا کاغذ یا سند را نیز در ماهیت اوراق دخیل دانسته‌اند. ایشان بر این عقیده‌اند که: «حقی که به اوراق بهادار از جمله سهام تعلق می‌گیرد، با خود ورقه ادغام شده و به صاحب آن حقوقی را که به سهم تعلق می‌گیرد، اعطا می‌نماید و ورقه جنبه مالی پیدا می‌کند. در نتیجه حق مالکیت بر سهام دیگر حق دینی تلقی نشده و حق عینی می‌باشد که به مال معینی یعنی "ورقه" سهم تعلق می‌گیرد» (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۷۱). بر مبنای این دیدگاه گرچه اوراق معرف حقی است که صاحب آن بر یک قسمت از سرمایه شرکت دارد، این حق با خود سند یکی شده و ورقه سهم به‌خودی خود دارای استقلال و ارزش بخصوصی است (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۲۴۳).

در واقع ایشان برای سهام دو معنا قائلند: یکی حقوقی که شریک در شرکت دارد و دیگری برگ بهاداری است که نه تنها حق شرکا را تأیید می‌کند، بلکه نماینده و نمایانگر حق مذکور است. ایشان در تبیین ماهیت حقوقی سهامداران با تفکیک سهم و ورقه سهم، معتقدند حقوقی که به سهام تعلق می‌گیرد با خود سهم ادغام شده، در نتیجه حق مالکیت بر سهام، دیگر حق دینی تلقی نشده و حق عینی است که به مال معینی یعنی سهم تعلق می‌گیرد (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۷۱). برخی از دیگر مؤلفان که سعی در تحلیل مفصل و صحیح این اوراق و به‌نوعی تکمیل نظریه دکتر ستوده تهرانی داشته‌اند نیز به همین راه رفته‌اند و بر مبنای تقسیم‌بندی مزبور که قرائت دیگری از تقسیم حقوق اموال و تعهدات است، این اوراق را تحلیل کرده‌اند. این گروه با تأکید بر سهام پذیرفته‌شده در بورس بر این عقیده‌اند که سهام پذیرفته‌شده در بورس، اموالی در نوع خاص خودشان هستند که از یک سو در رابطه ناشر تابع حقوق تعهدات (قراردادها) و از سوی دیگر در مقابل اشخاص ثالث

تابع حقوق اموال است (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۱۲۹). از نظر ایشان هر چند سهام، مخلوق قراردادی است که یک یا چند نفر به موجب آن توافق می‌کنند سرمایه و شخصیت حقوقی مستقلی ایجاد کنند، این مخلوق از لحاظ ماهیت از خالق خود متمایز می‌شود و ماهیت مستقلی می‌یابد.

ایشان بر این عقیده‌اند که حقوق عالم اعتبارات است و این قابلیت حقوق و اعتبار دادن شخصیت حقوقی این امکان را فراهم می‌کند که سهم (که زائیده حقوق قراردادهاست و در ابتدا حقی ناشی از قرارداد و تعهد تلقی می‌شود) پس از ایجاد با انعکاس حقوق آن در ورقه بهادار به یک دارایی عینی تبدیل شود. به عبارتی همان‌گونه که شرکت پس از ایجاد، دارای شخصیت حقوقی جدای از ایجادکنندگان آن می‌شود، سهم نیز مفهومی حقوقی است که به اعتبار مفهوم شرکت ایجاد می‌شود و پس از ایجاد از قرارداد منشأ شکل‌گیری خود متمایز می‌شود. سهم در مقابل شرکت یک حق ناشی از قرارداد بین سهامداران است (حق دینی) اما در مقابل انتقال‌گیرنده و سایر اشخاص عین است (همان، ۱۳۹).

در واقع از این منظر، اوراق بهادار از جمله ورقه سهام، ورقه‌ای محسوب می‌شود که حقوق مربوط به سهام در آن منعکس شده است و بر طبق مقررات حاکم بر اموال عینی انتقال داده می‌شود. لذا اگر ورقه سهم انتقال داده شود، خریدار نه تنها مالکیت سند را به دست می‌آورد، بلکه نسبت به تمامی حقوق مربوط به سند محق می‌شود. حقوقی که به سند اوراق بهادار مربوط می‌شود با سند ادغام خواهد شد و سند را یک دارایی عینی می‌کند. از این رو تمام آثار یک حق عینی که کامل‌ترین آن حق مالکیت است، به ورقه بهادار تعلق می‌گیرد

در این میان، استاد گرانقدر مرحوم دکتر کاتوزیان راه‌حل میانه‌ای را برگزیده‌اند و ماهیت سهام را با هیچ‌یک از حقوق عینی و دینی انطباق‌پذیر ندانسته‌اند. ایشان از یک طرف شرکا را دارای حقی بر شخصیت حقوقی شرکت و امتیاز بر منافع سرمایه تلقی می‌کنند و از طرف دیگر سهم یا ورقه سهم را نیز نماینده وجود حقی دانسته‌اند که «خود دارای ارزش مالی» و انتقال‌پذیر است. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۰۷ - ۳۰۹).

در عین حال برخی از نویسندگان در رد این دیدگاه بیان کرده‌اند: «چطور ممکن است سندی که "خود" دارای ارزش مالی بوده و قابل نقل و انتقال است، عین به‌شمار نیاید؟ در خصوص اوراق بهادار باید گفت اشخاص حاضرند در ازای پرداخت پول، این اوراق را گاه با قبض و اقباض تملک کنند و صاحب آنها می‌تواند این اوراق را در مقابل دریافت پول به شخص دیگری واگذار نماید و در نهایت به این نتیجه رسیده‌اند که باید بین اوراق بهادار با نام و بی‌نام قائل به تفکیک شد؛ به این معنا که با توجه به غلبه جنبه دینی اوراق نخست، این اوراق را نوعی حق دینی در نوع خاص دانست و با توجه به غلبه عینی بودن اوراق نوع دوم، این اوراق را اعیانی در نوع خاص به‌شمار آورد» (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۲۴۳).

آنچه از بیان این نویسنده و انتقاد وی از نظر دکتر کاتوزیان در رابطه با نقش ورقه در ماهیت اوراق برداشت می‌شود این است که وی حداقل در رابطه با اوراق بهادار بی‌نام، برای ورقه ماهیت و ارزش مستقلی قائل است و آن را یک حق عینی در نوع خاص می‌داند. همچنین وی دیدگاه کسانی را که نقل و انتقال سهام را بیع دانسته‌اند، از این جنبه که تلویحاً سهام را عین تلقی کرده‌اند و نقل و انتقال آن را با بیع امکان‌پذیر دانسته‌اند، تأیید و دیدگاه کسانی را که ورقه بهادار را صرفاً سند مالکیت تلقی می‌کنند، نقد کرده‌اند (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۲۳۹).

این نویسنده در رابطه با اوراق بهادار اسلامی نیز بر همین عقیده است و بیان می‌کند: «اوراق بهادار اسلامی نیز در حقیقت جعل و اعتبار و یک بسته حقوق مالکیت است که قانونگذار به‌منظور تأمین مالی ناشران پیش‌بینی کرده و اگرچه در مرحله صدور با پشتوانه دارایی خلق می‌شوند، اما جریان آنها در بازار به‌عنوان اعیانی فی‌نفسه دارای ارزش بوده که مستقل از منشأ صدور این اوراق می‌باشد و مانند اوراق قرضه، سود ثابتی در دوره زمانی مشخص به این اوراق تعلق می‌گیرد. در حقیقت آنچه مطلوب در یک اقتصاد کارا است، این است که این اوراق نیز پس از صدور، دارای ارزش مستقل گردیده و خود دارای اعتبار و قابلیت گردش مستقل باشد. اتصال این اوراق به دارایی پایه و تحلیل آنها بر اساس حقوق قراردادها و حق دینی، باعث می‌شود تا هزینه‌های بررسی وجود و یا عدم وجود



دارایی پایه، مالکیت دارنده دارایی پایه و ... افزایش یابد» (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۱۵۶). بنابراین به نظر می‌رسد بر مبنای نظر کسانی که سهم را (صرف نظر از ماهیت حق ناشی از رابطه منشأ صدور) حق عینی می‌دانند، لزوماً باید سند یا ورقه (اعم از کاغذی یا الکترونیکی) را در ماهیت اوراق دخیل دانست و برای ورقه، ماهیت و ارزش مستقل قائل شد. در واقع عین دانستن اوراق و داشتن ارزش مالی مستقل، با یکدیگر ملازمه دارند.

ناگفته نماند که بر اساس این دیدگاه، در هر حال اوراق بهادار با پول قیاس‌شدنی نیستند و اوراق بهادار صرفاً در مرحله نقل و انتقال در بازار، ارزش مستقل دارند و به لحاظ حقوقی تابع مقررات حاکم بر اعیان هستند، اما ارزش واقعی و اقتصادی خود را از دارایی پایه خود می‌گیرند! (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۳۴۶) به بیان دیگر موجودیت این اوراق تلفیقی از عین و دین در مراحل زمانی مختلف است، به این صورت که در مرحله صدور تابع مقررات حاکم بر حق دینی و در مرحله نقل و انتقال، تابع مقررات حاکم بر حق عینی است. در واقع این اسناد در عین اینکه با هیچ‌یک از حقوق عینی و دینی به صورت مطلق سازگار نیستند و باید آنها را دسته سومی از اموال دانست، همچنان باید در چارچوب دسته‌بندی سنتی اموال به عین و دین توجیه شوند (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۲۴۷).

در واقع این گروه با اینکه ماهیت اوراق بهادار را به‌زعم خود با هیچ‌یک از حقوق عینی و دینی، تطبیق‌پذیر نمی‌دانند، همچنان سعی در تحلیل ماهیت این اوراق در چارچوب آن دارند و نمی‌توانند از این نهاد عاریتی، دل برکنند و به مفاهیم و تأسیس‌های بومی خود بازگردند.

شایان ذکر است که این دیدگاه در حقوق جدید برخی از کشورها از جمله آلمان و اتریش ریشه دارد. رویکرد غالب در حقوق جدید آلمان این است که اوراق بهادار را به‌عنوان اموال عینی طبقه‌بندی کرده است، چرا که مستندات اوراق بهادار، اسناد کاغذی از نوع خاصی هستند و حقوق مربوط به این اسناد کاغذی، در خود سند منعکس شده است و بنابراین بر طبق مقررات حاکم بر حقوق عینی انتقال داده می‌شود (Micheler, 2007: p36). به بیان دیگر اگر چه حق اصلی ناشی از رابطه منشأ دینی است، بر (Micheler, 2009: p 7).

مبنای دیدگاه نظری، حق دینی با خود سند یکی شده است و سند دیگر نمایانگر طلب نیست، بلکه عین دارای ارزش است (Grant, 1978: p 449). این اوراق به مرور زمان و در اثر نیازهای اقتصادی شرکت‌ها به تأمین مالی خلق شده، مالیت آن به وسیله عرف به رسمیت شناخته شده و در بسیاری از کشورها این اوراق صرف نظر از منشأ خلق آن، مال مستقل است و کالای اقتصادی تلقی می‌شود (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۲۳۹).

### آثار پذیرش مالیت استقلالی اوراق بهادار

بر مبنای این دیدگاه و بر این اساس که حقوق عینی ترجمان دیگری از حقوق اموال است، اوراق بهادار مشمول مقررات حقوق اموال قرار می‌گیرد و نقل و انتقال آن خارج از حقوق قراردادهای محسوب می‌شود و از این رو هزینه نقل و انتقال نیز کاهش می‌یابد و به کارایی آن افزوده می‌شود، چرا که اگر قرار باشد اوراق را بر اساس حقوق قراردادهای و نقل و انتقال آنها را بر اساس عقد حواله توجیه کنیم، خریدار باید هزینه مربوط به کسب اطلاعات در زمینه وضعیت محال علیه (ناشر) و نیز دین واقعی او به محیل را بررسی و در چانه‌زنی خود با مالک ورقه بهادار آن را لحاظ کند، حال اگر از مالک اوراق بهادار در قالب حقوق اموال حمایت کنیم، هزینه مبادله کاهش می‌یابد و به‌عنوان مثال با حمایت از مالک در معاملات فضولی اوراق بهادار، شخص اخیر، دیگر این وظیفه را بر عهده ندارد که در صدد کشف این مسئله برآید که آیا فروشنده به‌واقع مالک است یا خیر. همچنین نیازی نمی‌بیند که به چانه‌زنی بپردازد تا فروشنده را ملزم کند که مالکیت خود را قبل از انتقال ورقه به او اثبات کند (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۲۰۰). به بیان دیگر وقتی حقی از طریق حواله منتقل می‌شود، منتقل‌آلیه فقط در صورتی حق را به‌دست می‌آورد که انتقال‌دهنده اختیار انتقال آن را داشته باشد؛ به این ترتیب ریسک معاملات فضولی به منتقل‌آلیه تحمیل می‌شود که باید انتقال‌دهنده را تعقیب کند که فراری یا معسر است؛ در حالی که در مبنای حقوق اموال، این ریسک وجود ندارد و دارنده مالک دارایی می‌شود! (Micheler, 2009: p 365)

از دیگر آثار پذیرش این دیدگاه و تغییر رویکرد تحلیل معاملات اوراق بهادار از حقوق قراردادهای به حقوق اموال « قابلیت استناد جهانی حقوق اموال » ذکر شده است. بر اساس

اصل نسبی بودن قراردادهای مفاد قرارداد نسبت به اشخاص ثالث و از جمله طلبکاران واسطه یا ناشر، به‌ویژه در صورت ورشکستگی او قابل استناد و اجرا نیست؛ اما حقوق اموال هر دوی این اهداف را محقق می‌کند. در حقیقت حقوق مالکیت قابلیت استناد جهانی دارد و دارنده حق مالکیت به اثبات حق خود در مقابل اشخاص ثالث نیاز ندارد که این امر یکی از ظریف‌ترین تفاوت‌های بین حقوق اموال و قراردادهای محسوب شده است (Merges, 2005: p 24).<sup>۱</sup> همچنین بر طبق حقوق اموال، لزومی ندارد که «اوراق بهادار معین» در مالکیت سرمایه‌گذار باشد و صرف مالکیت سرمایه‌گذار نسبت به اوراق بهادار به‌عنوان مال، کفایت می‌کند حتی اگر معین نباشد (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۲۴۹).

### نقد مالیت استقلالی اوراق بهادار بر مبنای اصول و مفاهیم حقوق اسلامی

اگرچه از حیث بررسی تطبیقی و تحلیل اقتصادی موضوع، توسط گروه اخیر تلاش قابل تقدیری به‌عمل آمده و در رابطه با ماهیت اوراق بهادار یکی از کامل‌ترین و جامع‌ترین تحقیق‌ها، از سوی ایشان ارائه شده است، از حیث تحلیل فقهی و تطبیق مفاهیم خارجی با مفاهیم و تأسیس‌های حقوق بومی، دقت چندانی نشده و برخی از مفاهیم حقوق داخلی با مفاهیم حقوق خارجی یکسان پنداشته شده است. در واقع در رابطه با نقش ورقه در مالیت‌بخشی اوراق، دیدگاه صحیحی ارائه نکرده‌اند و بسیاری از مفاهیم حقوق داخلی با تأسیس‌های حقوق خارجی خلط شده است. در نقد این دیدگاه می‌توان به دلایل متعددی اشاره کرد، از جمله:

#### نقد استفاده از تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی

مهم‌ترین انتقاد مطرح، استفاده از ملاک تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی در رابطه با ماهیت اوراق و نقش ورقه در این زمینه است. گروه اخیر بدون توجه به اینکه تقسیم‌بندی مذکور

---

1. "Property rights are often said to be good against the world. The owner of a property right need not show any special relationship with a third party in order to have legal rights against that party. This is one of the sharpest points of contrast between contracts and property rights" Merges 2005 .24.

با مفاهیم حقوق اسلامی سازگاری ندارد و به‌عنوان مثال مال کلی بر ذمه یا همان دین، در حقوق اسلامی یکی از مصادیق عین بوده و به حقوق عینی نزدیک‌تر است، ماهیت اوراق را به این تقسیم‌بندی گره زده‌اند و از تقسیم‌بندی بومی «حق و ملک» غافل مانده‌اند.

یکی از علل ضرورت تحلیل اوراق بهادار بر مبنای حقوق اموال و حقوق عینی، در تاریخچه حقوق تعهدات نظام رومی ژرمنی و کامن‌لا ریشه دارد؛ اما امروزه با توجه به اینکه جنبه مثبت تعهدات نیز همانند حقوق عینی امکان نقل و انتقال دارد، تحلیل تصنعی انعکاس حقوق سهامدار در سند کاغذی و ادغام حقوق شخصی دارنده در آن و تبدیل حقوق شخصی به حقوق عینی در این دو نظام نیز چندان ضرورتی ندارد؛ چه رسد به نظام حقوق اسلام که در رابطه با تأسیس دین سابقاً نیز از نظریه مالکیت استفاده می‌شده و دین نیز از اوصاف مالکیت برخوردار بوده است؛ لذا استفاده از اصل تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی در حقوق ایران صحیح نیست و شایسته است از تقسیم سنتی حق و ملک استفاده شود؛ تقسیمی که با مفاهیم بومی و اسلامی سازگار است و هیچ‌یک از ایرادها و نقص‌های تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی بر آن وارد نیست.

شایان ذکر است که در قانون مدنی ایران، هیچ‌گونه ذکری از این تقسیم‌بندی و ویژگی‌های آن دیده نمی‌شود و اصطلاح حق عینی و دینی یا حق شخصی در هیچ‌یک از مواد قانون مدنی وجود ندارد و این در حالی است که در اکثر کشورهای تابع نظام رومی ژرمنی صراحتاً این تقسیم‌بندی و مصادیق و ویژگی‌های آن ذکر شده است (Christian Christian Von, 2004: p321; Faber & Lurger, 2011, vol4: p202). پس اصل این تقسیم‌بندی هیچ مبنای قانونی ندارد و بر اساس تفسیر نه چندان دقیق حقوقدانان، وارد سیستم حقوقی ایران شده است. بنابراین دلیلی برای پذیرش این تقسیم‌بندی (به‌معنای رایج آن در حقوق خارجی) باقی نمی‌ماند.

### نقد تفکیک حقوق قراردادهای از حقوق اموال

همان‌گونه که گذشت، از دیدگاه طرفداران مالیت استقلالی اوراق بهادار، یکی از آثار تحلیل ماهیت اوراق به حق عینی، این است که نقل و انتقال آن از حوزه حقوق قراردادهای خارج و

مشمول حقوق اموال می‌شود و از این رو هزینه‌های مشتری یا خریدار کاهش می‌یابد! در واقع در حقوق خارجی تعهدات یا همان حقوق شخصی یا دینی ذاتاً جایگاهی در حقوق اموال یا همان حقوق عینی ندارند و این دو حوزه از یکدیگر مستقل هستند. در این نظام، مال (به معنای اخص) و آنچه در حقوق اموال بررسی می‌شود، صرفاً مصادیق حقوق عینی است و دین و طلب به دلیل اینکه از تعهدات ناشی می‌شود و جنبه قراردادی و شخصی دارد، فی‌نفسه در حقوق اموال جایگاهی ندارد و موضوع حقوق قراردادها یا حقوق تعهدات است. در واقع تقابل حقوق عینی و دینی جلوه‌ای از تقابل حقوق اموال و تعهدات است. البته امروزه به دلیل غلبه رویکرد مادی و تغییر مفهوم مال، این تقابل و اصل تقسیم‌بندی مزبور، در حقوق رومی ژرمنی هم به شدت با تردید روبه‌رو است و برخی از حقوقدانان خارجی با توجه به تغییر مفهوم مال و thing و اینکه thing شاید هر شیئی حتی اشیای غیرمادی و لمس‌ناشدنی و اعتباری نظیر حقوق قراردادی باشد، ادعای ناپدید شدن این تقسیم‌بندی را دارند (Worthington, p917).

در عین حال بر مبنای حقوق اسلامی به هر حال، دین به معنای مال کلی در ذمه است و از مصادیق اموال محسوب می‌شود. البته این مال، اعتباری است و نه خارجی. فقها به این اشکال هم که اموال کلی موجود و تملک‌شدنی نیستند، به سادگی پاسخ داده‌اند: «مالکیت عرض خارجی نیست، بلکه از اعتبارات عقلایی است و لذا مانعی از اعتبار کردن آن در یک موضوع اعتباری دیگر وجود ندارد. دین و یا مال کلی بر ذمه، معدوم مطلق نیست، بلکه موجود به وجود اعتباری است و این موجود اعتباری گاهی در ذمه و گاهی در خارج از ذمه، اعتبار می‌شود و با این وصف اعتباری، عقلاً آن را ملک و قابل تملک می‌دانند» (خمينی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۷).

شایان ذکر است که اعتبار مالکیت برای مال کلی، اعتبار عقلایی مستقلاً محسوب می‌شود و نقش ذمه همانند نقش عالم خارج است و در اعتبار مالکیت دخالتی ندارد و در هر حال اضافه مالکیت اضافه بین مالک و مملوک است (صاحب جواهر، به نقل از خمینی،

۱۴۲۱، ج ۱: ۴۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۳۰).<sup>۱</sup> به بیان دیگر ذمه مدیون ظرف اعتباری است که عقلاً به‌عنوان موطن اموال کلی که وجود خارجی ندارند، فرض می‌کنند (عبدی‌پور، ۱۳۹۱: ۷۰). بنابراین، دین از مصادیق اموال (البته از اموال اعتباری) محسوب می‌شود و رابطه داین با دین رابطه شخصی نیست، بلکه رابطه مالک با مملوک است و با مفهوم تعهد ارتباط جوهری ندارد و این دو تأسیس، آثار و احکام متفاوتی دارند. از این‌رو اولاً دین یا طلب ذاتاً مال است، بنابراین از حقوق اموال منفک نیست و ثانیاً در حقوق اسلام و به تبع آن حقوق ایران، تفکیک حقوق اموال از حقوق تعهدات به‌معنای خاص خود وجود ندارد و به این دلیل خواه اوراق را حق دینی بدانیم یا حق عینی، در قلمرو حقوق اموال قرار می‌گیرد. در نظام حقوقی رومی ژرمنی تفکیک حقوق اموال از حقوق تعهدات، بر این مبنا استوار است که تعهدات یا همان حقوق شخصی یا دینی، جوهره شخصی دارند و مال به‌معنای اخص محسوب نمی‌شوند و ذاتاً جایگاهی در حقوق اموال یا همان حقوق عینی ندارند (Faber and Lurger, 2011: p11).

ثالثاً حقوق تعهدات در نظام حقوق اسلام و ایران کاربرد چندانی ندارد و مفهوم دین که مال کلی بر ذمه است، نقش تعهدات را ایفا می‌کند و به‌جای نظریه عمومی تعهدات می‌توان نظریه عمومی دیون را ارائه داد. دین یا مال کلی بر ذمه نیز یکی از اقسام ملک و داین مالک آن محسوب می‌شود و همانند سایر اموال و املاک با آن رفتار خواهد شد و مستقل از حقوق اموال نیست و به این دلیل در حقوق اسلامی ضرورت تفکیک حقوق تعهدات از حقوق اموال، با توجه به کاربرد اندک آن چندان احساس نمی‌شود.

۱. «الملك في جميع الموارد إضافة بين المالك و المملوك، حتى في ملكيه شيء في ذمه الغير؛ لأن الملكيه متقومه بالإضافة الحاصله المذكوره، و تكون ذمه المديون كمحفظة للمال، لا دخاله لها في اعتبار الملكيه. و إن شئت قلت: حال الذمه حال الخارج بالنسبه إلى الأعيان الخارجيه المملوكه، فكما أن الخارج ظرف للمملوك من غير دخاله له في اعتبار الملكيه، كذلك الذمه نقل از خميني، همان. در توضیح دیگر: «المراد إضافة الكلّي إلى الذمه بنحو اضافه المظروف بظرفه» (اصفهانی، ۱۴۱۸: ج ۲: ۳۰).

### نقد عدم قابلیت استناد جهانی حقوق قراردادها

گروه اخیر مهم‌ترین وجه تمایز حقوق اموال از حقوق تعهدات یا قراردادها و مهم‌ترین اثر تحلیل اوراق بهادار بر مبنای حق عینی راه، قابلیت استناد جهانی دانسته‌اند؛ اما در این زمینه باید گفت: حقوق، خواه عینی و خواه دینی، در برابر همه استنادپذیرند و در خصوص مطلق بودن حق عینی دو مسئله «قابل استناد بودن»<sup>۱</sup> و اثر نسبی<sup>۲</sup> خلط شده است (یزدانیان، ۱۳۹۲: ۸۸) و از حیث قابلیت استناد تفاوتی بین این دو حقوق نیست و هر حقی در برابر هر فردی استنادشدنی است و سایر افراد ملزم به رعایت آن و محترم شمردن آن هستند.

ولی در زمینه اثر نسبی دیون و اثر مطلق حقوق عینی و اینکه برای وصول طلب تنها به مدیون می‌توان مراجعه کرد، باید گفت این امر ناشی از اعتباری بودن موضوع این نوع مالکیت و عدم امکان تصرف و انتقال فیزیکی آن است؛ ملک داین بدون اراده وی از ذمه مدیون منتقل نمی‌شود؛ از این رو مطلق بودن حق مالک در زمینه اموال مادی اهمیت بیشتری دارد نه اینکه تصورشدنی نباشد و به‌عنوان مثال اگر داین به دیگری منتقل شده از مدیون جدید مطالبه‌پذیر است.

شایان ذکر است که حتی اگر مطلق بودن حق مالکیت را به‌معنای سلطه مستقیم و فوری بر مال تفسیر کنیم (سعیدی، ۱۳۸۷: ۴۰۸) در حقوق اسلامی به‌واسطه نظریه مالکیت مال کلی و پذیرش مال اعتباری، سلطه داین نسبت به دین ابتدائاً یک سلطه مستقیم و مطلق است و نه نسبی. به بیان دیگر در حقوق اسلامی با دین همانند یک عین رفتار می‌شود که داین مستقیماً نسبت به آن سلطه مالکانه دارد و حق هرگونه دخل و تصرفی را پیدا می‌کند. در حالی که در حقوق رومی ژرمنی، حق شخصی فی‌نفسه، رابطه‌ای اعتباری بین دو شخص است و طلب، عنصری از عناصر این رابطه شخصی محسوب می‌شود (Ghestin, 2005: p3).

### نقد عدم اجرای احکام معاملات فضولی در حقوق اموال

از دیگر آثار تأمل‌برانگیز تحلیل اوراق بر مبنای حقوق اموال، کاهش هزینه‌های خریدار ذکر

1. opposabilite

2. effetrelatif

شده است، به این صورت که «با حمایت از مالک در معاملات فضولی اوراق بهادار، شخص اخیر دیگر این وظیفه را بر عهده ندارد که در صدد کشف این مسئله برآید که آیا فروشنده به واقع مالک هست یا خیر. همچنین نیازی نمی‌بیند که چانه‌زنی نماید تا فروشنده را ملزم نماید مالکیت خود را قبل از انتقال ورقه به او اثبات نماید». در واقع از نظر ایشان احکام معاملات فضولی در خصوص حقوق اموال جاری نمی‌شود و صرفاً در حقوق قراردادهای جاری می‌شود!

فارغ از عدم صحت تفکیک حقوق اموال از حقوق قراردادهای در نظام حقوقی اسلام و ایران، اثر ذکر شده کاملاً خالی از وجه است؛ زیرا در حقوق اسلام و به تبع آن حقوق ایران، در هر حال اگر فروشنده مال، مالک مبیع نباشد، معامله فضولی است و تصرفات خریدار بر مبیع تابع احکام فضولی و غصب خواهد بود. مجرای اصلی احکام معاملات فضولی حقوق اموال و فروش اموال غیر است که این امر به توضیح بیشتر نیاز ندارد و بر هیچ حقوقدانی پوشیده نیست.

ناگفته نماند که مسئله مطرح شده در برخی از سیستم‌های حقوقی صادق است و در رابطه با برخی از اموال، از خریدار با حسن نیت حمایت می‌شود. برای مثال در نظام حقوقی کامن‌لا در رابطه با برخی از اموال (به‌ویژه اموال منقول) خواهان، تنها قادر به دریافت خسارت است و عین مال از خریدار جاهل، استردادشدنی نیست (-*Preto* sakmann, 2005:p18). به بیان دیگر مقررات معاملات فضولی در این زمینه اجرا نمی‌شود و خریدار با حسن نیت، مالک مال مسروقه می‌شود (A.Erwin, 1911:p64)<sup>1</sup> که این امر در رابطه با اسناد تجاری انتقال‌پذیر نیز اجرا می‌شود و از خریدار با حسن نیت حمایت خواهد شد، اما در هر حال این حمایت از ویژگی‌های حقوق اموال نیست و از جمله استثنائات اصل قابلیت استرداد مال توسط مالک اصلی است. در عین حال در نظام حقوقی ایران این

1. That by the common law a sale in a market overt actually changes the title to the property in favor of a bond fide purchaser thereof even though it has been stolen from the rightful owner



امر به هیچ وجه صادق نیست و نویسنده محترم، مقررات فصولی قانون مدنی خود را کاملاً به فراموشی سپرده است.

### نقد مالیت عرفی اوراق بهادار

از جمله دلایل طرفداران مالیت استقلالی اوراق، این است که مالیت آن توسط عرف به رسمیت شناخته شده است و در بسیاری از کشورها این اوراق صرف نظر از منشأ خلق آن، مال مستقل هستند و کالای اقتصادی تلقی می شوند. لیکن همان گونه که در بخش اول این مقاله گذشت، مالیت مفهوم عرفی محضی نیست، بلکه امری انتزاعی و یک ویژگی در شیء است که از قابلیتش برای داد و ستد در بازار یا نفع و فایده عقلایی آن انتزاع می شود. در واقع مطلوبیت شیء که منشأ انتزاع مالیت است، گاه از ذات و طبیعت آن برمی خیزد و گاه در ذات او نهفته نیست، بلکه در طول اعتبار عقلا یا دولت پدید می آید (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹: ۳۸۱) که هیچ یک از این مطلوبیت ذاتی یا اعتباری در نفس اوراق وجود ندارد. نداشتن ارزش ذاتی که نیازمند توضیح نیست و مشخصاً اوراق ارزش ذاتی ندارند. در رابطه با ارزش و اعتبار دولت نیز، اغلب اوراق فاقد این اعتبار هستند و به نظر می رسد اوراقی نظیر اوراق مشارکت که بازپرداخت آن به وسیله دولت تضمین شده است، شاید (همانند اسکناس) از ارزش اعتباری برخوردار باشند؛ اما سایر اوراق از این اعتبار دولتی بی بهره اند. در این رابطه اعتبار عقلایی نیز وجود ندارد و بدون تردید عقلاً اگر اوراق را مبادله می کنند؛ نظر به مطلوبیت ذاتی یا اعتباری منشأ صدور اوراق (از جمله کسب سود سالانه و یا تملک جزء مشاعی از دارایی) دارند و برای نفس اوراق مطلوبیتی قائل نیستند. برای مثال در رابطه با اوراق سهام، عقلاً به رابطه منشأ صدور و حقوقی که سهامدار در شرکت دارد؛ توجه می کنند و از این رو اوراق شرکتی که دارایی بیشتری دارد و سالانه سود شایان توجهی به سهامداران اعطا می کند، نسبت به سهام شرکتی که این وضعیت را ندارد، ارزش بیشتری دارد. در واقع ارزش و مالیت اوراق وابسته به منشأ صدور و ارزش و مالیت اصل حقوق سهامدار است.

در هر حال خود سند و نوشته برخلاف اسکناس و پول، فی نفسه نه ارزش مالی

اعتباری دارد و نه ماهیت حقوقی مستقل، بلکه بر حق سهامدار دلالت می‌کند. به بیان دیگر ماهیت سهم و ورقه سهام با پول و اسکناس مقایسه‌شدنی نیست.

در این رابطه می‌توان به آثار و تفاوت تلف پول و اوراق بهادار اشاره کرد. برای مثال اگر فردی مبلغی پول از دیگری تلف کند، در هر حال به میزان مبلغ اسمی پول حداقل ضامن خسارت است؛ چرا که مستقیماً بخشی از دارایی دیگران را از بین برده است و بر اساس قاعده اتلاف، ضامن خواهد بود. اما اگر فردی اوراق سهامی را تلف کند، آیا دارایی متعلق به دارنده سهام را از بین برده است تا او را به میزان مبلغ اسمی یا ارزش واقعی سهم ضامن بدانیم؟ بی‌تردید دستکم در رابطه با سهام با نام، پاسخ منفی است، زیرا ورقه سهم صرفاً حکایت از حق دارنده در شرکتی دارد که تلف این محکی، سبب زوال حق شریک و سهامدار نخواهد شد. در رابطه با سهام بی‌نام نیز، به نظر تلف ورقه سهام مستقیماً هیچ‌گونه خللی در حقوق دارنده وارد نمی‌کند؛ اما به دلیل اینکه دارنده مدرک و سند، دارندگی خود را از دست داده است و فعلاً تا زمان اثبات مالکیت خود از بخشی از حقوق و منافعش باز می‌ماند، می‌توان اتلاف‌کننده را ضامن خسارت دانست، اما در هر حال مالکیت دارنده اثبات‌پذیر است و قابلیت اثبات مالکیت، بر این دلالت می‌کند که صرف اتلاف ورقه سهم، سبب زوال حق دارنده نمی‌شود به تبع، دلالت بر این دارد که ورقه سهم در هر حال ارزش مستقل (حتی اعتباری) ندارد و برخلاف پول و اسکناس صرفاً سند است و نه چیز دیگر.

در تأیید این دیدگاه می‌توان به نقل قولی از تحریرالوسیله حضرت امام (ره) در باب تمایز اوراق تجاری و اوراق اسکناس اشاره کرد: «ورقه‌های سفته و سایر اوراق تجاری، دارای مالیت و از نقود نیستند و معاملاتی که به آنها واقع می‌شود، به خود آنها واقع نمی‌شود، بلکه به نقود و غیر آنها که اوراق از آنها حکایت می‌کند، می‌باشد. و دادن آنها به طلبکار، ذمه مدیون را ساقط نمی‌کند. و اگر چیزی از آنها در دست غاصب و مانند آن تلف شود، یا شخصی آن را تلف کند، به ضمان تلف یا اتلاف، ضامن نمی‌باشد و اما اوراق نقدی، مانند اسکناس و دینار و دلار و غیر آنها، دارای مالیت اعتباری می‌باشند و آنها مانند دینار و درهم مسکوک از طلا و نقره نقود می‌باشد و دادن آنها به طلبکار مسقط ذمه مدیون است و در تلف و اتلاف آنها مانند سایر اموال ضمان است» (امام خمینی، ۱۴۲۵، ج ۴: ۴۵۷).

شایان ذکر است که طرفداران مالیت استقلالی اوراق نیز به این امر اذعان دارند و در اظهارات متناقض دیگری صراحتاً اوراق را دلیل و سند دانسته‌اند: «عدم صدور گواهینامه فیزیکی و جایگزینی آن با نسخه الکترونیک، هیچ‌گونه تأثیری بر جنبه مالکانه اوراق بهادار ندارد؛ چرا که این گواهینامه صرفاً دلیل مثبت مالکیت است (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۳۹) یا در رابطه با صکوک بیان می‌دارند که صکوک نوع ضعیفی از مال است که شبیه به سند مالکیت محسوب می‌شوند و صرفاً دلیل اثباتی به‌شمار می‌آیند و ارزش ذاتی ندارند (همان: ۱۱۹) و همچنین در رابطه با مفهوم لغوی و اصطلاحی اوراق بهادار این‌گونه بیان کرده‌اند که: «کاغذ دارای بها به این معنا است که دارای ارزش بوده و اگر از بین برود، گویی که عین یا مالی از شخص تلف شده و حق شخص نسبت به مال در مقام ثبوت از بین رفته است. با این دیدگاه مضیق، ورقه بهادار مصادیق محدودی پیدا می‌کند و شاید بتوان گفت مصداق آن محدود به پول می‌شود. مقصود از اوراق بهادار معنای اعم آن است. برای مثال در رابطه با سهام شرکت‌ها، در صورت از بین رفتن ورقه بهادار، صاحب ورقه می‌تواند تقاضای المثنی کند و حق او در مرحله ثبوت از بین نمی‌رود» (همان: ۱۱۹). «سهام بی‌نام شرکت‌ها در حکم سند در وجه حامل است و دارنده آن مالک سند محسوب می‌شود ... تصرف سند بی‌نام اماره مالکیت ورقه بهادار است» (همان: ۲۷۰). این اظهارات مؤید عدم مالیت و ارزش مستقل اوراق محسوب می‌شود.

علاوه بر آن همان‌گونه که گذشت؛ دیدگاه مطرح‌شده در حقوق برخی از کشورها از جمله آلمان و اتریش ریشه دارد و این در حالی است که در بسیاری از دیگر کشورها و از جمله سردمداران بازارهای بزرگ سرمایه دنیا یعنی انگلستان و آمریکا، سهام صرفاً دلیلی بر اثبات حق دارنده آن است و در صورت مفقود شدن یا از بین رفتن گواهینامه کاغذی، مالکان سهام قانوناً حق خود را نسبت به آن از دست نمی‌دهند. حتی در رابطه با اوراق بهادار بی‌نام نیز از بین رفتن گواهی یا همان ورقه، صرفاً اثبات مالکیت دارنده را با دشواری مواجه می‌کند، اما بر حق مالک آن تأثیری ندارد (به نقل از شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۲۳۱).

### نقد تلفیق حقوق عینی و دینی و نظریه ادغام

تفکیک ماهیت حق مالکان اولیه اوراق با انتقال گیرندگان آن، چندان صحیح نیست؛ زیرا در هر حال دارندگان اولیه اوراق حق خود را خواه عینی و خواه دینی به خریداران منتقل می‌کنند و صرف انتقال یا صدور و انتشار اوراق، ماهیت حق را تغییر نمی‌دهد. این گروه موجودیت اوراق مذکور را تلفیقی از عین و دین در مراحل زمانی مختلف می‌دانند؛ به این صورت که در مرحله صدور تابع مقررات حاکم بر حق دینی و در مرحله نقل و انتقال، تابع مقررات حاکم بر حق عینی است؛ در حالی که این امر ادعایی بیش نیست. در واقع این امر به نوعی مصادره به مطلوب است، چرا که از نظر این گروه ماهیت حقوق دارندگان اوراق حق دینی است که سابقاً قابلیت نقل و انتقال نداشت، حال برای سهولت قابلیت نقل و انتقال آن، بر این عقیده‌اند که حقوق دینی دارندگان در زمان انتقال به حق عینی تبدیل می‌شود و قابلیت نقل و انتقال می‌یابد! گفتنی است که ادغام حقوق متعلق به سهم با خود ورقه و سند سهم نیز تحلیل تصنعی بیش نیست و هیچ‌گونه جاهت و توجیه حقوقی و اقتصادی ندارد و دلیلی بر مالیت و ارزش استقلالی اوراق نیست و این تحلیل نیز همانند تحلیل سابق، مصادره به مطلوب است.

### نقد مالیت استقلالی اوراق برای گریز از احکام عقد حواله

یکی از دلایل توجیه ماهیت نقل و انتقال اوراق بر مبنای حقوق اموال و مالیت استقلالی اوراق، گریز از آثار و احکام عقد حواله در حقوق خارجی ذکر شده است، زیرا در حقوق خارجی اگر ماهیت اوراق را حق دینی بدانیم، نقل و انتقال آنها تابع حقوق قراردادهای عقد حواله خواهد بود که در این صورت حقوق دارنده جدید متأثر از رابطه منشأ خواهد بود؛ چرا که در حقوق رومی ژرمنی نیز، اگر تعهد پیشین قابلیت ابطال یا فسخ داشته باشد، تبدیل تعهد انجام گرفته یا حواله صورت گرفته نسبت به حق دینی نیز مصون نمی‌ماند و با فسخ یا اقاله تعهد اصلی، این عقود نیز منحل می‌شوند (ریپر و بولانژه به نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۹: ش ۲۰۶) زیرا در این نظام، سقوط و ایجاد تعهد در تبدیل تعهد، تجزیه‌ناپذیر است و وضع هر کدام در دیگری اثر دارد. گفتنی است که ارتباط میان تعهد قدیم و جدید نزد رومیان چنان اهمیت داشت که اعتقاد داشتند تعهد جدید باید دارای همان موضوع باشد

(مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۱۲۱۳ به نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۱۱).

اما در حقوق اسلام وضع متفاوت است و به نظر می‌رسد اقاله یا فسخ عقد اصلی، بر این عقود تبعی بی‌تأثیر خواهد بود. در بقای حواله با بیع با وجود فسخ بیع تردید مهمی نشده است، زیرا اگر دین محال‌علیه در برابر محیل از بین برود، به حواله صدمه‌ای نمی‌زند که این نظر، عقیده اکثریت قریب به اتفاق فقهاست؛ چرا که حواله پس از انعقاد عقد مستقل محسوب می‌شود و لازمه این استقلال آن است که با انفساخ بیع، عقد حواله منفسخ نشود (یزدی، ۱۴۲۲، ج ۲: ۴۷۶). اما به هر حال در این فرض هم با توجه به ابهام مقررده قانونی ماده ۷۳۳ قانون مدنی و لفظ «لیکن محال‌علیه بری ...» برخی احتمال داده‌اند که در این صورت حواله منفسخ می‌شود و وقتی قانونگذار اعلام می‌دارد: «حواله باطل نبوده، لیکن محال‌علیه بری می‌شود» ظاهر این است که به دین جدید او در زمان فسخ بیع نظر دارد، نه دین سابق خود به محیل، زیرا آن دین به محض انعقاد حواله ساقط شده و بری شدن نسبت به آن بی‌معناست. بر این مبنا اگر محال‌علیه وجه حواله را نپرداخته باشد، دیگر نمی‌پردازد و محتال باید به محیل رجوع کند و این خود به معنای انحلال حواله است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۴۳۵).

در این زمینه به نظر می‌رسد که ابهامات ماده ۷۳۳ ناشی از نگارش نامناسب این ماده از سوی نویسندگان این قانون بوده و قانونگذار در صدد بیان همان عقیده مشهور فقها بوده است؛ چرا که بر اساس اصول حقوقی، فسخ، اقاله و انفساخ اثر قهقرایی ندارند و نسبت به آینده اثر دارند، از این رو تأثیر فسخ و اقاله نسبت به عقدی که سابقاً به طور صحیح منعقد شده، خلاف اصل است و استناد به ظاهر مقررده قانونی با وجود مخالفت آن با مشهور فقهای امامیه، خالی از وجه است.

در رابطه با حواله مشتری برخی رابطه بین دو عقد را رابطه تنگاتنگ و از نوع تبعیت و ملازمه کامل در وجود و صحت (ایجاد و بقای عقد) دانسته‌اند و بیان کرده‌اند که انحلال حواله نتیجه طبیعی و قهری انحلال بیع است، زیرا اگر بیع و مسئله پرداخت ثمن مطرح نبود، اساساً عقد حواله‌ای منعقد نمی‌شد (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۳۲۳) و بنابراین فسخ بیع و بازگشت ثمن به خریدار و از بین رفتن طلب محیل، باید سبب از بین رفتن دین

محال‌علیه هم (که چیزی جز طلب محیل نیست) بشود.

گروهی دیگر از فقها که اکثریت آنان را تشکیل می‌دهند، این ملازمه را با استدلال‌های گوناگون نپذیرفته‌اند؛ عمده دلیل آنان این است که مقتضای فسخ یا اقاله، رفع آثار عقد از حین فسخ یا اقاله است نه رفع اثر از ابتدا. بنابراین فسخ در عقود سابقه اثر نمی‌کند و همان‌گونه که هنگام وقوع صحیح واقع شده است، صحیح هم باقی می‌ماند. همچنانکه نقل و انتقال به مجرد عقد حواله صورت می‌گیرد و عقد حواله پس از انعقاد، معامله‌ای مستقل از معامله اول محسوب می‌شود، حتی اگر طرفین آن با عقد اصلی یکی باشند (خویی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۲۹۸).

البته اگر حواله را نوعی استیفا بدانیم نه اعتیاض (تعویض نفس حق یا بدل آن) برخی بیان داشته‌اند که در این صورت باید عقد حواله را نیز منفسخ بدانیم؛ چرا که عقد حواله یک عقد تبعی در وقوع و بقا باقی می‌ماند و اگر عقد اصلی زائل شود، عقد تبعی آن هم به تبع از بین می‌رود (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۸: ۲۶۸). اما مشهور فقها نظر اقوی را این می‌دانند که حتی اگر حواله نوعی استیفا باشد، با فسخ عقد اصلی، عقد تبعی از بین نمی‌رود، زیرا عقد حواله پس از انعقاد، عقد مستقل و لازمی است (یزدی، ۱۴۲۲: همان). حواله و عقود همانند آن، نوعی تصرف در ثمن محسوب می‌شوند، مانند فروش ثمن که در این صورت، پس از فسخ عقد بیع، با بیع باید بدل ثمن را برگرداند نه خود ثمن را؛ از این رو فسخ عقد بیع هیچ تأثیری بر این تصرفات و عقود تبعی ندارد (خویی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۲۹۸). بنابراین حتی اگر حواله را استیفا بدانیم که ظاهر از حواله هم همین است، باید قائل به این بود که با فسخ عقد اصلی، حواله از بین نمی‌رود و همچنان به قوت خود باقی است، زیرا داین در صدد استیفای طلبش خواهد بود، خواه مدیون طلبش را بدهد خواه شخص ثالثی و متعارف بین مردم بازار و معاملات هم همین است و داین در صدد معامله جدید نیست (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۶: ۱۲۷). به محض وقوع حواله، داین دینش را به نوعی استیفا می‌کند (همانند هنگامی که ثمن معامله را قبل از قبض به دیگری منتقل می‌کند) چرا که ذمه محال‌علیه مشغول می‌شود و دلیلی بر انفساخ حواله وجود ندارد (همان، ج ۶: ۱۲۸).

به نظر می‌رسد رویکرد قانونگذار در این زمینه نیز همان نظریه مشهور فقهاست، زیرا در

ماده ۷۳۳ بیان داشته است: «... ولی اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود، حواله باطل نبوده...» که عدم بطلان حواله دلالت بر صحیح باقی ماندن و بقای آن است.

گفتنی است از ملاک این مقررۀ قانون در سایر عقود و انتقال‌های تبعی نیز می‌توان استفاده کرد. برای مثال اگر طلبکاری طلب خود را به ثالثی منتقل کند و پس از آن عقد اصلی بین طرفین فسخ یا اقاله شود، این تغییر بر حقوق انتقال‌گیرنده بی‌تأثیر است و مدیون در مقابل وی، قادر به استناد اقاله یا فسخ نیست. در این موضوع مشهور فقها بر این عقیده‌اند که اگر یکی از عوضین پس از عقد منتقل شود و برای مثال بایع ثمن شخصی را بفروشد و سپس بر اساس تلف مبیع، عقد اول منفسخ شود، این انفساخ در عقد دوم تأثیری ندارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۴: ۷۱۹؛ انصاری ۱۴۱۰، ج ۶: ۲۲۸) و علت این امر هم جدایی و استقلال رابطه اعتباری عقد اول از ملکیت خارجی است، زیرا در زمان انتقال و عقد دوم، شخص مالکیت تصرف کامل داشته و عقد صحیح واقع شده است و انفساخ اثر قهری نخواهد داشت و صرف تبعی بودن موضوع عقد علت انفساخ محسوب نمی‌شود (علامه حلی و دیگران، ۱۴۱۷، ج ۸: ۵۲۱). همچنین که حق ثالث نیز بر آن عین تعلق گرفته و مانع شرعی همانند مانع عقلی است (مامقانی، ۱۳۵۰: ۸۴). شایان ذکر است که در این موارد، انتقال عوضین، در حکم تلف آن است و خریدار یا بایع عقد اصلی ملزم به پرداخت مثل یا قیمت مال انتقال داده شده‌اند. بنابراین بر فرض حواله بودن نقل و انتقالات صورت گرفته بر روی اوراق بهادار، فسخ یا اقاله یا حتی انفساخ رابطه منشأ، تأثیری در این نقل و انتقال ندارد و به حقوق دارنده جدید خلل وارد نمی‌شود. به‌واقع در حقوق اسلامی نیز به‌واسطه اصل عدم تبعیت عقود تبعی از عقد اصلی، ایرادهای ناشی از فسخ، اقاله یا انفساخ عقد منشأ صدور اوراق در رابطه با وی، استنادشدنی نیست.

این در حالی است که در نظام حقوقی رومی ژرمنی و کامن‌لا، مدیون در مقابل انتقال‌گیرنده، حق توسل به تمامی ایرادهایی را دارد که می‌تواند در مقابل انتقال‌دهنده به آنها استناد کند (Tolhurst, 2006: 426) که این امر صراحتاً در ماده ۵:۱۱۶ قانون نمونه

متحدالشکل اتحادیه اروپا<sup>۱</sup> نیز آمده است.<sup>۲</sup>

پس بر اساس دلایل ارائه شده فوق به نظر می‌رسد در حقوق ایران نه تنها ورقه در مالیت بخشی اوراق بهادار مدخلیت ندارد و این اوراق سند و نمایانگر حق ناشی از رابطه منشأ صدور آنهاست و فی نفسه مالیت ندارند، بلکه تحلیل تصنعی ارائه شده از سهم و ورقه سهم و انعکاس حقوق دارنده در سند و تبدیل آن به یک دارایی عینی، هیچ‌گونه ضرورتی ندارد؛ زیرا بر فرض اینکه حق دارنده اوراق بهادار طلب وی از ناشر محسوب شود، باز از اوصاف مالکیت برخوردار است و نقل و انتقال آن تابع حقوق اموال خواهد بود و حق شخصی صرف محسوب نمی‌شود.

البته بدون تردید اوراق بی‌نام، سند در وجه حامل تلقی و ملک دارنده آن محسوب می‌شود؛ مگر خلاف آن به اثبات برسد و برخلاف آنچه توسط طرفداران نظریه اخیر مطرح شده، هر نوع ادعای خلافی در مقابل دارندگان آن پذیرفتنی است؛ حتی ایرادهای ماهوی نظیر فضولی بودن معامله مبنای این اسناد.

### نتیجه گیری

از آنچه در این تحقیق با عنوان «نقش ورقه در مالیت بخشی و ماهیت اوراق بهادار» مورد نقد و بررسی قرار گرفت، این‌گونه نتیجه شد که ورقه، اعم از کاغذی یا غیرکاغذی و الکترونیکی، فی نفسه مالیت و ماهیت مستقل ندارد و صرفاً سند و مدرک حقوق دارنده آن محسوب می‌شود. اوراق بی‌نام سند در وجه حامل محسوب می‌شوند، اما اثبات ادعای خلاف آن نیز امکان پذیر است. همچنین به این نتیجه رسیدیم که در حقوق اسلام و به تبع

1. DCFR

2. Christian von Bar & Eric Clive. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (European law Publisher.p262)5:116: The debtor may invoke against the assignee all substantive and procedural defense to a claim based on the assigned right which the debtor could have invoked against the assignor.



آن حقوق ایران، حقوق قراردادهای و حقوق اموال به هم وابسته هستند و دو شاخه مستقل محسوب نمی‌شوند، از این رو تحلیل ارائه‌شده از سوی برخی از حقوقدانان و تحلیل تصنعی ارائه‌شده از سهم و ورقه سهم و انعکاس حقوق دارنده در سند و تبدیل آن به یک دارایی عینی، در حقوق ایران هیچ‌گونه ضرورتی ندارد و این تحلیل بیشتر با حقوق خارجی سازگار و بر پذیرش تقسیم‌بندی «حقوق عینی و دینی» و جدایی حقوق اموال از حقوق قراردادهای مبتنی است و با برخی از مفاهیم و تأسیس حقوق اسلامی، از جمله تأسیس مال کلی بر ذمه در تعارض قرار دارد.

همچنین در حقوق اسلامی به واسطه اصل عدم تبعیت عقود تبعی از عقد اصلی، ایرادهای ناشی از فسخ، اقاله یا انفساخ عقد منشأ صدور اوراق در رابطه با دارنده، استنادشدنی نیست و از این رو می‌توان (بر فرض تفکیک مقررات حقوق اموال از حقوق قراردادهای) اصل عدم توجه ایرادها را به نوعی در حقوق قراردادهای نیز جاری دانست.

## منابع

۱. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۵). کتاب البیع، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲. ایروانی، علی (۱۳۷۹). حاشیه المکاسب، قم: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۳. اشتهاوردی، علی پناه (۱۴۱۷). مدارک العروه، تهران: دارالاسوه للطباعة و النشر.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۰). المکاسب، بیروت: مؤسسه النعمان.
۵. باریکلو، علیرضا (۱۳۹۰). اموال و حقوق مالی، تهران: سمت.
۶. بجنوردی، حسن (۱۴۱۹). القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی.
۷. جزایری، محمدجعفر (۱۴۱۶). هدی الطالب فی شرح المکاسب، قم: مؤسسه دارالکتاب (الجزائری).
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴). ترمینولوژی حقوقی، تهران: انتشارات گنج دانش.
۹. حسینی حائری، کاظم (۱۴۲۳). فقه العقود، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۰. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۱۱. حسینی عاملی، محمدجواد (۱۴۱۹). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۲. خویی، ابوالقاسم (۱۴۰۹). مبانی العروه الوثقی، قم: مدرسه دارالعلم.
۱۳. خمینی، روح الله (۱۴۲۵). تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، ج ۴، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۸). حقوق تجارت، چاپ سیزدهم، تهران: نشر دادگستر.
۱۵. شیرازی، محمد حسینی (بی تا). ایصال الطالب الی المکاسب، تهران: مؤسسه الاعلمی.

۱۶. شوشی نسب، نفیسه (۱۳۹۴). *ماهیت حقوقی اوراق بهادار*، تهران: میزان.
۱۷. شعاریان، ابراهیم و محمد عیسی تفرشی (۱۳۸۱). «سهم و حقوق ناشی از آن در شرکت‌های سهامی»، پژوهش حقوق عمومی، ش شماره ۷: ۲۱ - ۴۸.
۱۸. علامه حلی، حسن (۱۴۱۷). *حاشیه مجمع الفائده و البرهان*، قم: مؤسسه علامه المجدد الوحید البهبهانی.
۱۹. غمامی، مجید، مریم ابراهیمی (۱۳۹۱). «ماهیت حقوقی سهام پذیرفته شده در بورس»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۳.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *عقود معین ۲*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۱. ————— (۱۳۸۶). *حقوق مدنی عقود معین*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۲۲. ————— (۱۳۸۹). *نظریه عمومی تعهدات*، تهران: میزان.
۲۳. مامقانی، عبدالله (۱۳۵۰). *نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال*، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۲۴. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴). *جامع المقاصد فی شرح التواعد*، قم: مؤسسه آل‌البیت علیه السلام لاحیاء التراث.
۲۵. یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۲). *العروه الوثقی*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
26. A.Erwin.Frank (1911), Summary of Contract to sell and Sales of personal Property at Common Law. USA: New York University Press.
27. Von Bar.Christian & Eric Clive (2009), Principles .Definitions and Model Rules of European Private Law. European law Publisher.
28. Faber ,Wolfgang & Brigitta Lurger. (2011), National Report on Transfer of Movables in Europe. European law publishers GmbH ,Munich.
29. Grant ,Gilmore (1978), Formalism and the Law of Negotiable Instruments.
30. Merges ,Robert P (2005) A Transactional View of Property Rights.

31. Micheler ,Eva. (2007), Property in Securities.A Comparative Study. London: Cambridge University Press.
32. ———— ,( 2006), Legal nature of Securities Inspirations from Comparative Law.
33. Pretto-sakmann ,Arianna. (2005) ,Boundaries of personal Property. USA: Hart Publishing.
34. Tolhurst ,Greg. (2006), The assignment of contractual Rights. USA: Hart Publishing.