



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### مقدمه

بحث ما در حقیقت و ماهیت اوراق مشارکت بود که بنا بر فرض اینکه این اوراق مشارکت، شرکت در اموال باشد برای کسب و کار با این روش جدید و مستحدث که اوراق پخش منتشر بشود و افراد می خرند که شرکت ناشر یا دولت متعهد می شود اموال و سرمایه طرف را سررسید برگرداند و بخشی از سودهایی را هم که حاصل می شود به طرف مقابل بپردازد و در آخر سررسید هم پول و اموال را برگرداند. این ابتدا ادله صحت معاملات مثل اوفوا بالعقود و آیه تجارت بنا بر فرض اینکه این آیات و این ادله دال بر صحت معاملات باشد، شامل این نحو معاملات هم می شود و آن شبهاتی که این موضوعات، جدیده هستند را جواب دادیم و برطرف شد. اشکال دیگری مطرح بود که یکی بحث اینکه اینجا چون تعهد به پرداخت اصل سرمایه در آخر است ولو اینکه شرکت ضرر کند، این بحث شد که آیا دلیل بر بطلان چنین معامله ای یا چنین شرطی که آن هم بحثش قبلا گذشت.

### ادامه بررسی اشکالات به صحت معامله در اوراق مشارکت در فرض دوم

**اشکال:** ممکن است که کسی ادعا کند که در رابطه با شرکت، هر نوع شرکتی می خواهد باشد، با توجه به ادله ای که هست، سودی که حاصل می شود به نحو تساوی به نسبت به اموال هر کسی باید سود اختصاص پیدا کند. اگر دو نفر هستند با همدیگر شرکتی را منعقد می کنند ولو شرکت مستحدث باشد تفاوتی ندارد، این هم شرکت است که در اموال و دارایی با شریک می شوند و با هم معامله انجام دهند و کسب و کار کنند و به نحو مستحدث می باشد. در اینجا هم سودش علی نحو التساوی یعنی به نسبت مالشان باید تقسیم بشود اگر دو نفر و مساوی در مال هستند باید نصف نصف باشد. اگر یکی اختلاف دارد، مثلا یکی دو سوم و یکی یک سوم است، سود آن کسی که دو سوم است، دو سوم سود است و طرف دیگر یک سوم سود است. اما اینکه بگوییم که در اوراق مشارکت ۱۷ درصد یا ۱۸ درصد سود می دهند، ممکن است این شرکت ۸۰ یا ۹۰ درصد سود کند ولی سودی که عائد این شخص می شود ۱۷ یا ۱۸ درصد است یعنی از آن ۹۰ درصد سود، ۱۸ درصد عائد این شریک می شود و بقیه اش به جیب کس دیگری می شود مثلا به جیب شریک دیگر می شود، در اینجا دولت یا بانک یا شهرداری یا هر شرکتی هستند که برای طرح یا پروژه ای اوراق مشارکت انتشار داده اند. یعنی سودهایی که مال این آقا است که باید ۹۰ درصد سود داده شود، تنها ۱۷ یا ۱۸ درصد داده می شود. و این خلاف مقتضای ادله است. البته برخی قائل به تفصیل شده اند که فرض سومی خواهیم گفت که در آنجا هم این مطلب مطرح است که مثلا کسی به آیه شریفه «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»<sup>۱</sup> که اکل این مال یعنی آن سود زیادی که خود دولت یا خود شرکت حقیقی یا حقوقی یا بانکی که اوراق را منتشر کرده، می خورد در حالی که مال مردم است و دولت بدون اینکه در مقابل چیزی به این ها بدهد. سود برای اوست بنابراین اکل مال به باطل می شود و بدون وجه شرعی در مال دیگری تصرف می کند و «لَا يَجِلُّ مَالٌ إِلَّا مِنْ وَجْهِ أَحَلَّهُ اللَّهُ»<sup>۲</sup> یا «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»<sup>۳</sup>، کسی استدلال کند به این ادله برای بطلان این چنین معامله ای که همانطور که در اصل خسران و زیان قبلا مطرح کردیم که ممکن است که کسی استدلال کند که تعهد به اینکه خسارت بر شما متوجه نشود، محل کلام بود، این نحو مشارکتی هم که سودش ۱۷ یا ۱۸ درصد باشد یعنی بقیه سودها مال کس دیگری باشد،

<sup>۱</sup> بقره ۱۸۸

<sup>۲</sup> وسائل الشیعة ج ۷، ص ۱۵۶

<sup>۳</sup> بقره ۱۸۸



محل تامل و اشکال می شود.

**پاسخ:** این اشکال دیگری که در این قسمت است و چون این مطلب بیشتر در آن فرض سومی که آنجا مطرح کرده اند، توضیح مطلب و اشکالی که آیا چنین اشکالی اصلا وارد است یا نیست در آنجا بیشتر توضیحات دارد و مناقشات و جواب هایی که داده می شود از این شبهه در آنجا مطرح خواهیم کرد و به همین زودی به آن خواهیم رسید. این اشکال دومی که مطرح است که اگر آنجا جواب داده شد همین جا هم خواهد آمد و این مشکل و شبهه حل خواهد شد.

**اشکال:** این اشکال اختصاص به این مشارکت هم ندارد و اگر قسم سوم هم باشد همینطور است. کسی ممکن است بگوید که این شرکتی که انجام می شود از دو جهت محل کلام است. شرکت یک نوع معامله است، وقتی که من اوراق مشارکت می خرم شریک می شوم، من و افراد دیگری همگی با هم شریک می شویم چه خریداران و چه آن ناشر مجموعا با هم در این شرکت شریک می شویم و خرید و فروش انجام می دهیم. در بین این افرادی که می آیند و این ها و اوراق را می خرند، عده ای نابالغ هستند، فرض کنید که پسر ۱۴ یا ۱۵ ساله ای اوراق خریده است در حال که در معاملات شرط است که شرایط عامه تکلیف را داشته باشد، مثلا عاقل باشد و بالغ باشد، مهجور نباشد، مفلس و سفیه نباشد، در اینجا ما که نمی دانیم. این هم یک شبهه دیگری که این اختصاص به این قسم ندارد و در فرض سوم هم خواهد آمد و در این جا هم مطرح است، بنابراین خریداری که اوراق مشارکت می خرد و در اموال و دارایی شریک می شود، اگر آن شرکای دیگری غیر بالغ یا غیر رشید باشد یا سفیه باشند این نحو شرکت باطل خواهد شد. بنابر اینکه رشد و بلوغ در معامله شرط باشد و شرکت نیز یک نوع معامله و عقدی است که در آن این شروط لازم است. این یک نوع اشکال دیگری است که در اینجا مطرح است. این اشکال را یک مرتبه می دانیم اشکال وارد می شود ولی اگر شک کردیم که این افرادی که ما با آن ها داریم شریک می شویم این نحو افراد در آن ها هست یا نیست؟

**پاسخ:** این بحث در مبحث بازار فارکس به تفصیل مطرح شده است که کسی که پشت لپتاب نشسته و در فضای مجازی ارز خرید و فروش می کند در آنجا مفصل بحث کرده ایم که آیا می شود این شبهه را از باب حمل فعل دیگران بر صحت از باب اصالة الصحة پاسخ داد، و بیان شد که بعید نیست در اینجا بتوان حمل به صحت کرد و اگر شک کردیم با حمل به صحت درست کنیم. این هم جوابی که در آنجا به این شبهه داده شد. اگر این شبهه را هم توانستیم جواب بدهیم، شبهه م برطرف می شود که قبلا تفصیل آن بیان شده است و باید به آنجا مراجعه فرمایید.

**اشکال:** این اشکال در خصوص شرکت می باشد. در خصوص شرکت روایاتی وارد شده است که شاید از آن روایات استفاده بشود که باید در مساله تفصیل بدهیم. اگر در فرض مساله هم قائل به صحت باشیم باید تفصیل بدهیم. شرکت هایی که منعقد می شود و اوراق مشارکتشان انتشار پیدا می کنند، یا همه شرکا مسلمان هستند و یا مختلط هست و شامل مسلمان و غیر مسلمان می شود. اگر همه شرکا مسلمان بودند، فرض کنید که در ایران صدهزار اوراق مشارکت فروخته شده و همه خریداران مسلمان ها هستند و منتشرکننده هم مسلمان است، در این فرض اشکالی نیست. ولی اگر خریداران عده ای مسلمان و عده ای غیر مسلمان است، فرض این است که ما احراز کردیم، زیرا اگر شک کردیم از باب حمل پاسخ داده می شود، اما اگر علم داریم آیا با غیر مسلمان امکان شراکت هست یا نه؟ از برخی روایات استفاده می شود که شرکت با غیر مسلم صحیح نیست. بنابراین اگر اوراق مشارکت مثلا در کشور خارجی اوراق مشارکت منتشر شود که خریداران اکثرا اهل اروپا و آمریکا هستند و غیر مسلمان هستند، آنجا با این شبهه که نمی شود اوراق مشارکت خرید و شریک شد. اگر هم بر فرض این شرکت مستحدث شرعا و فی نفسه مشروع و صحیح باشد ولی این شبهه مطرح است که آیا مشارکت با غیر مسلمان جایز است یا نه که از برخی روایات استفاده می شود که جایز نیست.

### بررسی روایات دال بر بطلان شرکت با غیر مسلمان

دو روایت در باب دوم کتاب الشركة وسائل الشیعة آمده است.



**بررسی سندی و دلالتی روایت اول:** صحیحہ علی بن رثاب کہ مرحوم کلینی نقل کرده است: «مَحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ ابْنِ رِثَابٍ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع لَا يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ الْمُسْلِمِ أَنْ يُشَارِكَ الذَّمِّيَّ وَ لَا يُنْضِعَهُ بِضَاعَةً وَ لَا يُودِعَهُ وَدِيْعَةً وَ لَا يُضَافِيَهُ الْمَوَدَّةَ<sup>۱</sup>» و مرحوم شیخ ہم باسناده عن أحمد بن محبوب عن ابن محبوب تا آخر و مرحوم صدوق هم باسناده عن ابن محبوب عن ابن رثاب، این سه بزرگوار یعنی محمدون ثلاث را نقل کرده اند و در قرب الاسناد هم نقل شده است که در آنجا هم عبدالله بن جعفر حمیری عن أحمد و عبد الله ابني محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن ابن رثاب نقل کرده است. پس روایت به نقل چهار فقیه از فقهای شیعه نقل شده است و سند هم به احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رثاب می شود. سند صحیحہ است و مشکلی ندارد و همه از اجلا و ثقات هستند. آن شبهه ای که آیا کتاب قرب الاسناد به نحو متواتر یا به نحو موثق به دست ما رسیده است بحث دیگری است. آن هم درست نباشد، کتب اربعه یعنی مرحوم شیخ و مرحوم صدوق و کلینی نقل کرده اند کافی است، سند این ها صحیح است و مشکلی ندارد.

بحث در دلالت است که «لَا يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ الْمُسْلِمِ أَنْ يُشَارِكَ الذَّمِّيَّ»، با لفظ ینبغی آمده است، مشارکت با ذمی برای مسلمان لاینبغی. لاینبغی به چه معنا است؟ از برخی روایات همانطور که برخی فقها فرموده اند و نظرشان همین است استفاده می شود که لاینبغی ظهور در حرمت دارد و نه کراهت شاهدش هم این روایت شریفه است که در کتاب نکاح مطرح شده است<sup>۲</sup> که زرارہ از امام ع می پرسد که نکاح اهل کتاب یا نکاح غیر مسلمان جایز است یا نیست؟ حضرت فرمود لاینبغی زرارہ می گوید که من این علمت تحریمه، یعنی زرارہ از این جمله امام ع که فرمود لاینبغی تحریم فهمید، عرض کرد که من این علمت تحریمه، از کجای قرآن فهمیدید. حضرت آیه قرآن را برایشان خواندند. پس ظهور لاینبغی در تحریم است و حرام است بر مردم مسلمان که با ذمی مشارکت کند. و ذمی هم خصوصیت ندارد و مراد مسلمان و غیر مسلمان است. در ذمه مسلمان ها باشد یا نباشد، یا بگویم وقتی که با یهودی و نصرانی و مجوسی که در ذمه هستند مشارکت جایز نیست بالاولویة با غیر ذمی از این ها و با غیر اهل کتاب هم جایز نباشد، و یا الغاء خصوصیت کنیم. پس لاینبغی ظهور در حرمت دارد و مراد هم در اینجا حرمت وضعی و ارشاد به بطلان باشد. یعنی مشارکت ذمی و مسلمان با یکدیگر مشروع نیست. نتیجه می شود که اوراق مشارکتی که در کشورهای غیر مسلمان، غیر مسلمان ها آن ها را منتشر می کنند، خرید آن اوراق مشارکت جایز و مشروع نیست و باطل است. وقتی که باطل شد نه سود را مالک می شویم و نه ضرری متوجه ما می شود. پول را فقط طلبکار می شود و مستحق چیزی نمی شود. این عقد مشارکت باطل است. این استدلالی که به این روایت می شود کرد. اما بحث در اینجا است که آیا این ینبغی ظهور در حکم وضعی دارد و یا حکم تکلیف است؟ با توجه به سیاق روایت می شود گفت که ارشاد به حکم وضعی ندارد، بلکه حکم تکلیفی است. می گوید که لاینبغی للرجل بر مسلمان مشارکت کردن و لا بضاعة، مالی را در اختیار آن ها قرار بدهد و لا یودعہ و دبیعة، ودیعه ای در اختیار قرار بدهد، و لا یضافیہ الموددة با او دوستی کند. بقیه جملات در رابطه با حکم تکلیفی است و در مورد حکم وضعی نیست. سیاق روایت قرینه می شود که لاینبغی اولی نیز حکم تکلیفی می باشد. پس دال بر بطلان مشارکت نمی شود. نهی تکلیفی است و به مشارکت با ذمی خورده است، به تعبیر دیگر دنبالش نباید رفت. اینکه دنبال مشارکت به ذمی نباید رفت، حرام است یا مکروه است؟ درست است که لاینبغی در حرمت هم آمده است ولی آیا همه جا اینطور است؟ مثلا لا یودعہ و دبیعة، ودیعه گذاشتن در اختیار آن ها حرام است، ودیعه گذاشتن در پیش ذمی بعید است که حرام باشد، با ذوق فقهی و مذاق فقهی شاید ناسازگار باشد. می گویم سیاق روایت در این است که این موارد امور مکروهه هستند

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۱۹، ص: ۸

<sup>۲</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۲۰، ص: ۵۳۴

وَ عَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ عُمَرَ عَنْ دُرُسْتِ الْوَأَسْطِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِثَابٍ عَنْ رُزَارَةَ بْنِ أَعْيَنَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: لَا يَنْبَغِي نِكَاحَ أَهْلِ الْكِتَابِ قُلْتُ جُعِلَتْ فِدَاكَ - وَ أَيْنَ تَحْرِيمُهُ قَالَ قَوْلُهُ وَ لَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ



پس دلالتی بر بطلان مشارکت از این روایت فهمیده نمی شود، نهایتاً حکم تکلیفی است و حکم تکلیفی اش هم بین حرمت و کراهت است که بعید نیست که بگوییم که مراد از روایت کراهت مشارکت با ذمی است و کراهت ودیعه گذاری و کراهت مودت با اهل ذمه می باشد و حرمت نیست. این فی نفسه از حیث روایت بود.

سوال در این مورد شده است که آیا نهی ظهور در تحریم دارد؟ بله قبول داریم که نهی ظهور در تحریم دارد، اما در اینجا با توجه به قرائن و سیاق این مطالب را گفتیم. اگر لاینبغی نهی تکلیفی است ظهور اولیه اش در تحریم است، گرچه در خود لاینبغی محل کلام است که عنوان لاینبغی جمله ای به معنای کراهت است و ینبغی به معنای مستحب می باشد و نهی تحریمی از فعل نیست. اما اگر گفتیم که لاینبغی ظهور در حرمت دارد مانند لایشارک الذمی المسلم، مانند لَا يُودِعُهُ وَدِيعَةً وَ لَا يُصَافِيَهُ الْمَوَدَّةَ که در این ها نهی است یا جمله خبریه در مقام انشا است. می گوییم که در اینجا سیاق قرینه می شود که حمل بر کراهت کنیم، نه اینکه نهی ظهور در تحریم ندارد.

**بررسی سندی و دلالی روایت دوم:** علاوه بر این روایتی در این زمینه وارد شده است که شاید کمک به این مطلب کند که فی نفسه باطل نیست و اگر هم باشد یک حکم تکلیفی است که شاید کراهت باشد. روایت دوم از این باب است که «محمد بن یعقوب عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ التَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع كَرِهَ مُشَارَكَةَ الْيَهُودِيِّ وَ النَّصْرَانِيِّ وَ الْمَجُوسِيِّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً لَا يَغِيْبُ عَنْهَا الْمُسْلِمُ<sup>۱</sup>» این روایت می فرماید که امیرالمومنین ع خوش نداشت و کراهت داشت از اینکه مسلمانی با یهودی و نصرانی و مجوسی مشارکت کند مگر اینکه اگر شریک بشود غائب نشود و همیشه با هم باشند. اگر حاضر بودند و با هم بودند و تنهائش نمی گذارد کراهت ندارد ولی اگر می خواهد پول را در اختیار او بگذارد و خودش غایب شود و او هر کاری خواست بکند، کراهت دارد. این روایت نص در کراهت است و آن لاینبغی ظهور در حرمت دارد و حمل ظاهر در نص می شود و مراد همان کراهت است و این گونه جمع می کنیم. مانند اینکه بگوید که اغسل للجمعة ظهور در وجوب دارد و روایت دیگر بگوید که لایجب غسل الجمعة، نص در عدم وجوب است. آن اغسل را حمل بر نص می کنیم و می گوییم که مراد از اغسل هم استحباب است به قرینه لایجب الغسل. در اینجا هم روایت سکونی که نص در جواز مشارکت است با آنکه ظهور در حرمت دارد جمع می شود به اینکه دست از حرمت بر می داریم و حمل بر کراهت می شود. در نتیجه مشارکت با یهودی و نصرانی و مجوسی مکروه می شود. در اینجا هم از حیث سند و هم از حیث دلالت شبهه مطرح می شود. از حیث دلالت که گفته شد نص در جواز است، معلوم نیست که کراهت اصطلاحی باشد که فقها مطرح کرده اند که یعنی کراهت در مقابل حرمت باشد بلکه ممکن است که معنای کراهت این باشد که مبعوض است، مانند اینکه در آیه شریفه دارد که «كَرِهَ إِلَيْكُمْ الْكُفْرَ وَ الْفُسُوقَ وَ الْعِصْيَانَ<sup>۲</sup>». کراهت اگر به این معنا باشد که مبعوض است که ظهور در حرمت پیدا می کند و لا اقل من الاجمال که کراهت به معنای اصطلاحی است یا به معنای حرمت می باشد که دیگر نص جواز نمی تواند باشد. بله این تفصیل می دهد اگر کره به معنای حرمت باشد دال بر تفصیل است یعنی یا ینبغی مطلق است و اینجا تفصیل داده است پس از اطلاقش دست بر می داریم. لَا يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ الْمُسْلِمِ أَنْ يُشَارِكَ الذَّمِّيَّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً لَا يَغِيْبُ عَنْهَا الْمُسْلِمُ. یعنی اگر مشارکت حضوری باشد اشکالی ندارد ولی اگر حضوری نباشد لاینبغی یا کره، تفاوتی نمی کند. نهایتاً یک نحو تصرفی در روایت علی بن رثاب می شود. حالا یا کلا می گوییم که لاینبغی کراهت دارد با غیبت و با حضور دیگر کراهت ندارد یا می گوییم که کره منافاتی با حرمت و لاینبغی ندارد تفصیل می دهیم در حرمت بین حضور و غیاب. این روایت دوم از حیث سند دارای اشکال است، هم مرحوم کلینی و هم شیخ از علی بن ابراهیم نقل کرده اند و در دو کتاب

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۱۹، ص: ۸

<sup>۲</sup> حجرات آیه ۷



نقل شده است، سه نفر در اینجا در بین فقها محل کلام هستند. یکی ابراهیم بن هاشم، که قبلا بیان شد که ادله متعددی بر وثاقت و جلالت شأن آن بزرگوار داریم. مشکل در نوفلی و سکونی است و هر دو محل کلام است و توثیق خاصی ندارند مخصوصا نوفلی. اگر توثیق عامه توانستیم استفاده کنیم روایت موثقه می شود. مثل واقع شدن در کتاب کافی، یا اینکه برخی خواسته اند که بگویند مرحوم شیخ سکونی را در عده توثیق کرده است. علی ای حال، سکونی را اگر بتوانیم توثیق کنیم نسبت به نوفلی شبهات زیادی دارد و اثبات وثاقتش خیلی مشکل است پس روایت از حیث سند دارای اشکال است.

روایت اول هم امرش دائر بین این است که حرام باشد یا مکروه اما از حیث اصل صحت و مشروعیت دلالتی بر بطلان آن ندارد و عمومات اوفوا بالعقود نسبت به این موارد بلاشکال باقی می ماند.

در توثیق نوفلی وجوه عامه گفته شده است، مثلا بعضی گفته اند که تمام روایات سکونی را نوفلی نقل کرده اند و فقها هم روایات سکونی عمل کرده اند و عمل به روایات سکونی ملازم با عمل به روایات نوفلی است، ولی این حرف ناتمام است زیرا بنابراین که فقها هم به روایات عمل کرده اند، آن روایاتی که به دست ما رسیده است از طریق نوفلی بوده است ولی از کجا معلوم که روایاتی که به دست آنها هم رسیده از طریق نوفلی بوده است شاید از آن ها طرق دیگری روایات سکونی را نقل کرده باشند و از آن جهت عمل کرده اند، بله در کافی و شیخ روایاتی که نقل کرده اند با این طریق نقل کرده اند یعنی چون علی بن ابراهیم از طریق نوفلی روایات سکونی را نقل می کرده در کافی و کتاب شیخ هم به این شکل آمده است اما ممکن است که مرحوم شیخ مفید یا مرحوم ابن ولید از طرق دیگری روایات سکونی را نقل کرده باشند و به آن عمل کرده باشند. پس اینکه چون فقها به روایات سکونی عمل کرده اند دلیل نمی شود به روایات نوفلی هم عمل کرده باشند. وجوه دیگری هم گفته شده که دیگر ما وارد تفصیل توثیقات گفته شده نمی شویم. نتیجه می شود این بحث که تفصیل بدهیم بین مسلمان و غیر مسلمان دلیلی ندارد. نهایتا ما از سیاق بیشتر از حرمت استفاده نمی کنیم ولی اصل مشارکت باطل نیست. عمومات و اطلاقاتی که قبلا بیان کردیم محکم هستند و دلیل بر صحت می شوند. حتی بیان شد که حرمت هم به خاطر سیاق ثابت نیست. یعنی قدر متیقن از روایت علی بن رثاب مویدا به روایت سکونی کراهت می شود.

**نتیجه:** بنابراین نسبت به بازار اولیه و عرضه اوراق مشارکت بر فرض اینکه ماهیتش یک ماهیت جدیدی باشد و مشارکت عقدی باشد و با این خصوصیتی که دارد مستحدث باشد و تفاوت کند با شرکت عقدی که فقها در کتاب ها مطرح کرده اند شبهاتی مطرح بود که بعضی شبهاتی که در اینجا مطرح شد تفصیلش در فرض سوم خواهد آمد.

### فرض سوم اوراق مشارکت

فرض سوم: اوراق مشارکت همان شرکت فقهی اصطلاحی است که فقها مطرح کرده اند تنها شروطی اضافه شده است. یعنی این همان شرکت عقلایی قدیمی است. فرض اول این بود که خود این اوراق، یک اوراق بهادار مالی است که فی نفسه مالیت دارد مانند اسکناس. معرف چیز دیگری نیست. خودش مالیت دارد. در فرض دوم تنزل کردیم که سند هست و معرف شرکت در دارایی هست، فقط یک امر جدیدی است و مستحدث است با همان خصوصیات که بحثش گذشت. در فرض سوم یک پله دیگر تنزل می کنیم که این همان شرکت عقلانی معاملی است که در کتب فقها مطرح است و تنها یک سری خصوصیات و شرایط به آن اضافه شده است. مثلا شرط شده که خسارت باید به عهده شریک باشد و یا ربحش را درصدی کرده اند و علی السویه نیست و این موارد را در ضمن معامله شرط کرده اند. آیا این شرکتی که الان مطرح است، یعنی شرکت عقدی با این خصوصیات صحیح یا صحیح نیست؟ پس عقد جدیدی نیست. این تغییر و تحولات باعث می شود که این شکل فقهی باطل بشود یا باطل نشود؟

ممکن است گفته شود که شرکت فقهی یک شرکت عقلایی است که سیره عقلا بر آن است و از اول هم بوده و شارع مقدس هم آن را ردع نکرده است و خصوصیتی هم ندارد و در دست خود عقلا است. یک زمان ممکن است که ربحش را بیشتر قرار بدهند و



ممکن است که عقلائی هم همینطور بوده است. بعضی امورش را هم از با المومنون عند شروطهم درست می کنیم. این همان شرکت فقهی عقلایی است که شرط شده است که خسارت به عهده شریک باشد، یا ربحش را با اختلاف بدهند. شارع هم ردع نکرده و امضا کرده است و حتی اطلاقات و عمومات مانند اوفوا بالعقود، تجارة عن تراض هم شاملش می شود. اگر ادله ای در قبال و مخالف با این اطلاقات و عمومات نداشته باشیم بعید نیست که بگوییم نیاز نیست که ربح بینهما علی السویة باشد، و نیاز نیست که مطلقا خسارت به عهده هر دو باشد و می توان شرط کرد که خسارت به عهده یک نفر باشد، اوفوا بالعقود شامل می شود زیرا این هم یکی از عقود عقلائی است. اما شبهاتی مطرح است که نیاز است بررسی شود.

### بررسی اشکالات فرض سوم اوراق مشارکت

**شبهه اول:** ممکن است کسی ادعا کند که شرکتی که مطرح بین فقها است، نسبت به هر چیزی مطلق نیست، بلکه شرکت خاصی است که شرکت در اموال است برای معامله و تجارت که اصطلاحا شرکت تجاری می گویند، تجارت به این معنا که با آن خرید و فروش کنند. در کلمات برخی فقها من جمله امام ره در تعریف شرکت فرمودند: «و هو العقد الواقع بین اثنین أو أزيد علی المعاملة بمال مشترك بینهم، و تسمى الشركة العقدية و الاكتسابية. و ثمرته جواز تصرف الشریکین فیما اشترکا فیہ بالتکسب به و کون الربح و الخسران بینهما علی نسبة مالهما»<sup>۱</sup> که این شامل شرکت هایی که در زمان ما مثلا برای طرح های تولیدی و عمرانی است نمی شود. مثلا برای جاده ای که می خواهند بسازند یا پتروشیمی اوراق مشارکت منتشر می کنند که بیاید و با هم شریک شویم و عقد مشارکت بسته شود. آیا مراد از معامله یعنی خرید و فروش، اکتساب به معنای مصطلح است یا اینکه اطلاق دارد و همه نوع را شامل می شود. در تعریف معامله بیان شده است ولی ممکن است که مراد اعم باشد. مثلا عوارضی که از جاده به دست می آید هم یک نوع اکتساب است. بر فرض هم که بگوییم که مراد فقها از معامله همان اصطلاح کاسبی و خرید و فروش باشد دلیل نداریم. مگر اینکه بگوییم که روش عقلایی اینگونه است، شرکت عقلایی قبلا این بوده است و ادله هم منصرف به آن است.

**پاسخ:** بنابراین اگر کسی بگوید که عقلائی خاص است این یک نظر است و ادله مشارکت شاملش نمی شود ولی اگر گفتیم که عقلائی اختصاصی ندارد و شارع هم که دلیل خاصی نیاورده است که قید بزند که حتما باید تجارت باشد، بله روایات و سوال ها نوعا راجع به کسب و کار یعنی خرید و فروش بوده است. ولی دلیل بر اختصاص نمی شود بلکه اوفوا بالعقود و تجارة عن تراض اطلاق دارد. بله، برخی روایات در خصوص معامله است. به عنوان نمونه «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى بَيْعًا وَ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ نَقْدٌ فَأَتَى صَاحِبًا لَهُ وَ قَالَ أَنْقِذْ عَنِّي وَ الرَّبْحُ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ»<sup>۲</sup> این روایت در مورد خرید و فروش جنس است ولی این دلیل نمی شود که مشارکت اختصاص به این داشته باشد بلکه سوال در یک مورد خاص بوده است. اگر بگوییم در اینجا اطلاق و عمومات مستحکم است و عقلائی هم منعی از این چنین مشارکتی نیست دیگر وجهی برای اختصاص مشارکت وجود ندارد و عموم پیدا می کند. بنابراین جواب شبهه این شد که دلیلی بر اختصاص به این جهت نداریم.

**شبهه دوم:** که مطرح است این است که در عقد شرکت، عقد بین شرکا با هم بسته می شود «و هو العقد الواقع بین اثنین أو أزيد» یعنی هر تعداد که هستند با هم عقد مشارکت می بندند ولی آیا عقد مشارکت به این نحو است؟ در اوراق مشارکت خریدار با فرض اینکه شرکت عقدی باشد با ناشر یا بانک یا شرکت عقد می بندد با بقیه شرکا عقد نمی بندد، عقد مشارکت تنها بین منتشر کننده و خریدار اوراق مشارکت است. اگر کسی بگوید که در اینجا هر کسی که عقد شراکت با شخص حقوقی می بندد، به اصالت از

<sup>۱</sup> تحریر الوسيلة؛ ج ۱، ص: ۶۲۳

<sup>۲</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۱۹، ص: ۶



طرف خود و به وکالت از طرف دیگر شرکا است. یعنی طرف اول که عقد مشارکت می بندد در ضمن عقد مثلاً ارتکازاً به شرکت وکالت می شود که اگر خواستی با کس دیگری شریک بشوی از طرف من هم وکیل هستی، خودت و من با نفر دیگر شریک می شویم و همینطور نفر هزارم که عقد مشارکت می بندد در حقیقت با شخص حقوقی و بقیه افرادی که قبلاً عقد مشارکت بسته اند اما به نسبت شخص حقوقی بالاصالة است و برای بقیه افراد به وکالت آن هاست. اگر واقعا این نحو باشد درست است ولی اگر غافل باشد این وکالت نباشد و شخص حقوقی هم این در ذهنش باشد صحیح است. در غیر این صورت این یک شبهه قوی است که عقد مشارکتی با عنوان عقد فقهی که در کتب فقها مطرح شده است واقع نخواهد شد. باید دقت شود که در عمل این شرکایی که عقد مشارکت می خرنند توجه به این مسئله کالت دارند یا ندارند و همچنین فروشنده اوراق توجه به این جهت دارد که عقد مشارکت می بندد با آن خریدار آیا از طرف خود و بقیه است یا تنها با خودش شریک می کند. اثبات این سخت است و نوعاً غافل هستند و در نتیجه دیگر شرکت فقهی عقلایی نخواهد شد و شرکت عقدی نخواهد شد.