

فصلنامه مطالعات نوین بانکی

شماره مجوز: ۸۳۲۸۹ ((شماره یازدهم-تابستان ۱۴۰۰)) ISSN ۲۶۴۵-۵۴۲۰۰

ماهیت فقهی و حقوقی فرابورس در فقه و حقوق ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۰۲، تاریخ تصویب: ۱۴۰۰/۰۶/۲۰)

زینت سیف

دانشجوی دکتری فقه و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بابل

چکیده

آنچه که در پیشبرد نظام اقتصادی کشورها از اهمیت بیشتری برخوردار است بازار های سرمایه گذاری می باشد دولت های برای پیشبرد نظام اقتصادی خود نوآوری هایی را در بازار های سرمایه گذاری خود ایجاد می کنند در همین راستا فرابورس در کنار بورس اوراق بهادار یکی از نوآوری هایی که توانسته با مزیت های فراوانی که برای شرکت ها و سرمایه گذاران خود ایجاد کرده است نقشی به سزایی را در اقتصاد کشور ایجاد نماید در کنار این می توان عنوان کرد که بررسی این بازار ها و درآمدهای حاصل از آن، چه از منظر حقوقی و چه از منظر فقهی اهمیت فراوانی دارد به طوری که باید فعالیت های چنین بازار هایی تحت نظارت قانون قرار گیرد، تا سرمایه گذاران با اطمینان بیشتر بتوانند در چنین بازار هایی سرمایه گذاری نمایند و از منظر فقهی شبهات نیز بر آن وارد نباشد این مقاله که به روش تحلیلی و توصیفی تدوین شده است درصدد بررسی بازار فرابورس و قواعد حاکم بر آن هم از منظر فقهی و هم از منظر حقوقی می باشد.

واژگان کلیدی: فرابورس، غرری بودن معاملات، شبهه قمار، رضایی بودن عقود

مقدمه

پایه و اساس زندگی هر جامعه وابسته به اقتصاد پویای آن جامعه است و زمینه ساز این اقتصاد پویا وجود بازارهای مناسب برای فعالیت های اقتصادی در جامعه است. بازارهایی که هم می توان آن ها را به عنوان بازوی اساسی برای پیشبرد نظام اقتصادی قلمداد کرد. و هم می تواند خود زمینه فساد در نظام اقتصادی را فراهم سازند. در همین زمینه نظام اقتصادی با دو بازار بورس و فرابورس روبه روی است به طوری که رفته رفته این بازارها توانسته اند نقش خود را در نظام اقتصادی ایفا نمایند. یکی از مهم ترین راهکارهای نظام اقتصادی کشور شناسایی راهکارهایی که بتواند به پویایی این بازارها کمک شایانی نماید است که همیشه مورد توجه اقتصاددانان، حقوق دانان و کسانی که در این زمینه فعالیت دارند بوده است. هدف اصلی این مقاله بررسی ماهیت فقهی و حقوقی فرابورس در فقه و حقوق ایران و همچنین بررسی شبهات فقهی که برای چنین معاملاتی وجود دارد می باشد تا هم این شبهات بررسی شود و هم راهکارهایی ارائه شود که زمینه برطرف کردن این شبهات در چنین معاملاتی را به وجود آورد. برای همین منظور مقاله به دو قسمت، قسمت اول بررسی راهکارهای حقوقی و قسمت دوم بررسی راهکارها فقهی و شبهات حاصل از آن صورت گرفته است

بخش اول: مفهوم شناسی

تأسیس و راه اندازی بازارهای خارج از بورس در قانون بازار اوراق بهادار (مصوب ۱۳۸۴/۹/۱) پیش بینی شده است و بر اساس بند ۸ از ماده یک قانون بازار اوراق بهادار، بازار خارج از بورس، بازاری در قالب شبکه ارتباط الکترونیک یا غیر الکترونیک برای معاملات اوراق بهادار بر پایه مذاکره، معرفی شده است. طبق ماده ۴ قانون بازار اوراق بهادار صدور، تعلیق و لغو



فعالیت‌های بازارهای خارج از بورس بر عهده شورای عالی بورس نهاده شده است و در ماده ۲۸ این قانون نیز تأسیس بازارهای خارج از بورس همانند تأسیس بورس‌ها و نهادهای مالی منوط به ثبت نزد سازمان بورس و اوراق بهادار است و فعالیت آن‌ها تحت نظارت سازمان انجام شود. بدین ترتیب، به موجب دستورالعمل فعالیت بازارهای خارج از بورس، مصوب ۱۳۸۶/۶/۱۲ شورای عالی بورس و در اجرای بند ۵ ماده ۴ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب آذرماه ۱۳۸۴ و مجوز شماره ۱۲۱/۵۲۹۴۶ مورخ ۱۳۸۷/۸/۱۹ سازمان بورس و اوراق بهادار، شرکت فرابورس ایران در تاریخ ۱۳۸۷/۸/۲۲ تحت شماره ۳۳۲۴۸۳ در اداره ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری تهران به ثبت رسید و فعالیت خود را آغاز کرد. پس از تدوین و تصویب دستورالعمل‌های مورد نیاز جهت پذیرش و دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات فرابورس و ایجاد زیر ساخت‌های لازم، بازار فرابورس ایران در تاریخ ۶ مهرماه ۱۳۸۸ به طور رسمی فعالیت خود را آغاز کرد. (سایت فرابورس ایران) تا با تأسیس این نهاد اقتصادی بتوان به اقتصاد بی سامان کشور رونقی بدهد اما با توجه این فعالیت‌های این بازار هم از منظر فقهی و هم از منظر حقوقی خالی از اشکال نبود به طوری که یکی از اصلی‌ترین اشکالی که می‌توان به این بازار وارد کرد پذیرش شرکت‌های زیانده با دادن امیدنامه می‌باشد که این امر زمینه این شبهه را فراهم می‌کند که آیا پذیرش این نوع شرکت و فروش آن به مردم خود نوعی از بین بردن سرمایه مردم نیست به طوری که اگر به معنی اصلی امیدنامه مراجعه کنیم می‌توانیم این نکته را دریابیم همان راهکارهایی برای ایجاد سود دهی درحالی که اگر این شرکت‌ها راهکار برای سود دهی داشتند که دیگر زیان ده نبودند

بخش دوم: بررسی ماهیت حقوقی معاملات فرابورس

بند اول: رضایی بودن معاملات فرابورس



در مورد معاملات در فرابورس باید عنوان که اصل بر رضایی معاملات می باشد به عبارتی می توان گفت که تمام عقود در ایران از عقود رضایی محسوب می شوند یعنی این که دو طرف (کارگزاران فرابورس) باید در ایجاد قبول رضایت داشته باشند اما در مورد معاملات در فرابورس ما با دو ماده ۲۹ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار که « تمامی معاملات اوراق بهادار در بورس ، در صورتی قطعیت می یابد که به تایید بورس برسد و ماده ۲۸ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات اوراق بهادار در فرابورس ایران^۱ که به

^۱ - ماده ۲۸ - مدیرعامل فرابورس صرفاً در شرایط زیر، می تواند بخشی از معاملات اوراق بهادار را حداکثر تا پایان روز برگزاری جلسه معاملاتی تأیید نماید:

۱ - اعلام کارگزار مبنی بر وقوع اشتباه و احراز آن توسط مدیرعامل فرابورس

۲ - خطای معاملاتی متأثر از اشکال سامانه معاملات

۳ - معامله سهام بزرگتر یا مساوی ۵ درصد برای شرکتهایی که سرمایه پایه آنها کمتر یا مساوی یک میلیارد عدد سهم یا حق تقدم است و بزرگتر یا مساوی یک درصد برای شرکتهایی که سرمایه پایه آنها بیش از یک میلیارد عدد است در یک جلسه معاملاتی و توسط یک کد معاملاتی بدون رعایت ضوابط معاملات عمده

۴ - عدم رعایت سهمیه اعلام شده برای خرید یا فروش اوراق بهادار براساس مقررات که موجب عدم تأیید کل خرید یا فروش کارگزار می شود. در موارد خاص با تشخیص مدیرعامل فرابورس فقط خریده ها یا فروش های بیش از سهمیه تأیید نمی شود.

۵ - در صورتی که ظن دستکاری قیمت یا استفاده از اطلاعات نهانی وجود داشته باشد، در این صورت مدیرعامل فرابورس می تواند معاملاتی را که با نوسان غیرعادی قیمت یا حجم غیرعادی انجام شود تأیید ننماید.

۶ - سایر موارد طبق قوانین و مقررات.

تبصره ۱: عرضه های اولیه و عرضه های سهام شرکتهای دولتی در راستای خصوصی سازی و معامله آخرین روز حق تقدم استفاده نشده مشمول بند (۳) فوق نمی باشد.



مدیرعامل شرکت فرابورس در صورت وجود شرایط مقرر در این ماده حداکثر تا پایان روز کاری این اجازه را می دهد که معامله را تایید نکند با توجه به توضیحات گفته شده آیا عدم تایید مدیر عامل بورس و فرابورس در معاملات بورس و فرابورس می تواند قصد و رضای خریدار و فروشنده را مخدوش نماید یا نه؟ در حقوق ایران، اصولاً عقود رضائی هستند، حتی در مورد معاملات راجع به اموال غیرمنقول و هبه و صلح و شرکت با این که قانون ثبت این قراردادها و تنظیم سند رسمی را الزامی قرار داده است نمی توان آنها را تشریفات به شمار آورد؛ زیرا ثبت و تنظیم سند شرط صحت آنها نیست (صفایی، ۱۳۹۳: ۴۲) در همین راستا در جواب سوال قبل دو نظر را می توان بیان کرد که آیا عدم تایید مدیر عامل فرابورس می توان رضای طرفین در معامله را مخدوش کند نظر اول: باید عنوان کرد که تایید یا عدم تایید مدیر عامل فرابورس در معاملات مربوط به آن جزء تشریفات آن محسوب نمی شود و تایید و عدم تایید مدیر عامل فرا بورس شرط صحت چنین معاملاتی نیست^۱ و در مورد ماده ۲۸ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات اوراق بهادار در فرابورس ایران باید عنوان کرد که این شرایط، جزء شرایط استثنایی و شکلی معاملات در فرابورس محسوب می شود و ربطی به مخدوش شدن رضای طرفین در این گونه معاملات ندارد نظر دوم بر این امر استوار است که با توجه به این که در آیین نامه داخلی این شرکت بر این امر تاکید شده است که مدیرعامل فرابورس این امکان را دارد که معامله را تایید نکند و با عدم تایید مدیر عامل در عمل معامله نیز وجود

تبصره ۲: کلیه مدارک و سوابق معاملات تأیید نشده باید توسط فرابورس ایران نگهداری شده و حسب درخواست به

سازمان ارائه گردد

^۱ - برای دیدن نظر مخالف که صرف ایجاب و قبول اعلامی توسط کارگزاران را کافی نمی داند و درستی آن را منوط به

تایید مدیرعامل بورس و فرابورس می داند (سلطانی، ۱۳۹۴، ۷۵)

نخواهد داشت پس می توان بیان کرد که عدم تایید مدیرعامل فرابورس موجب مخدوش شدن معامله و از بین رفت آن می شود به نظر می رسد با توجه به مواد فوق الذکر نظر دوم از قوت بیشتر برخوردار است و عدم تایید مدیرعامل فرابورس به این معنی می باشد که اصلاً معامله صورت نپذیرفته است

بند دوم: تشریفاتی بودن معاملات در فرابورس

عقد تشریفاتی یا شکلی قراردادی است که با تشریفات خاصی واقع می شود و صرف توافق طرفین برای وقوع آن کافی نیست ؛ برای تحقق عقد تشریفاتی اراده باید به شکلی خاصی بیان شده باشد . (صفایی ۱۳۹۳ ، ۴۳-۴۲) ضابطه تشخیص عقد تشریفاتی ، تشریفاتی محسوب شدن امور (مربوط به) نظمی است که قانونگذار به دنبال آن است . اگر این تشریفات باشند و عقد بدون آن ها منعقد نشود ، نظم دلخواه قانونگذار ایجاد می وشد وگرنه نظم عمومی آسیب می پذیرد (قاسم زاده ، ۱۳۸۹: ۳۹) سوالی که در این باره مطرح می شود این است که آیا معاملات فرابورس تشریفاتی هستند یا نه ؟ در ماده نود و نه قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران شرط وجود اعتبار برای معاملات انجام شده در بورس و بازار های خارج از بورس (فرابورس) رعایت تشریفاتی می داند که در باره معاملات در هر بازار پیش بینی شده است در همین راستا ۹۹ قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مقرر می دارد که « معاملات اوراق بهادار ثبت شده در سازمان فقط در بورس ها و بازارهای خارج از بورس دارای مجوز و با رعایت مقررات معاملاتی هر یک از آنها حسب مورد امکان پذیر بوده و معامله اوراق بهادار مذکور بدون رعایت ترتیبات فوق فاقد اعتبار است . » با توجه به ماده ۹۹ و این که لزوم رعایت تشریفات قانونی برای انجام معاملات در



هریک از بازار های فرابورس می توان بیان کرد که معاملات فرابورس تابع عقود تشریفاتی هستند.

بخش سوم: شبهات اصلی وارده بر معاملات فرابورس

بند اول: تدلیس

در مورد حکم تکلیفی تدلیس، جمهور فقهای مسلمان با توجه به احادیثی که از پیامبر(ص) نقل شده است، قائل به حرمت تدلیس می باشند و فرقی نمی کند که تدلیس در معاملات باشد یا در عقد نکاح. از جمله احادیثی که از پیامبر(ص) نقل شده است، می توان به این حدیث اشاره کرد: « طرفین معامله، مادام که از هم جدا نشده اند ؛ دارای خیار فسخ معامله می باشند و اگر در معامله، طرفین صداقت پیشه کنند، آن معامله برای آنها مفید خواهد بود. ولی اگر در معامله صادق نباشند و دروغ بگویند و عیوب آن را کتمان و مخفی کنند، برکت آن معامله از بین خواهد رفت.» (صحیح بخاری: ج ۴، ص ۳۲۸؛ صحیح مسلم، ج ۳، ص ۱۱۶۴ / خالیدیان، ۱۳۹۵: ۵) یکی از ایرادات مهم و اساسی که به معاملات صورت گرفته در فرابورس وجود دارد وجود تدلیس و نبودن شفافیت در این گونه معاملات است در فرابورس امکان قبول شرکت های زیان ده وجود دارد به شرط آن که این شرکت ها امید نامه ای ارائه دهند (برنامه ای) که از زیان دهی خارج و سود دهی داشته باشند مطلب اساسی این جا است که فرابورس که این گونه شرکت ها را می پذیرد در مقابل زیان دهی احتمالی خود را مسئول نمی داند سوال اساسی این است که شرکتی تا این مرحله هیچ سودی دهی نداشته است با چه امیدی وارد فرابورس می شود اگر این سهامداران این گونه شرکت ها برنامه ای برای خروج از زیان دهی داشته که اصلاً زیان ده نمی شدند ، سوال دیگری که مطرح می شود این است که آیا

پذیرش چنین شرکت های در فرابورس خود تدلیس مشتریانی که به اعتبار شرکت فرابورس وارد شده اند را زیر سوال نمی برند مشکل باز آنجایی شدید تر می شود که فرابورس پذیرش چنین شرکت های زیان ده را در سایت خود به عنوان یک مزایا برای فرابورس قلمداد می کند.

بند دوم: خطر سرمایه گذاری یا همان بورس بازی

عمده ترین تاثیر بورس بازی در بازار بورس و فرابورس قیمت گذاری کاذب در چنین بازارها است که می تواند تاثیر در نوسان قیمت آن داشته باشد که ممکن است در یک حالت قیمت یک سهم از حالت عادی خود فراتر رفته و در حالت دیگر قیمت آن به شدت افت نماید . در مورد بورس بازی باید عنوان کرد این است که اشخاصی که به این کار روی می آورند باید ریسک آن را نیز بپذیرد به طوری که همانقدر ممکن است در نتیجه بورس بازی سود کلانی عاید شخص گردد احتمال از بین رفتن اصل سرمایه نیز وجود دارد . مثال بارزی که در این زمینه می توان بیان کرد خرید ارز توسط افراد است که در یک برهه زمانی قیمت ارز به شدت بالا می رود افراد به امید این که این قیمت در حال رشد است تمام یا قسمتی از سرمایه خود را در ارز سرمایه گذاری می کنند و این ریسکی است که فرد سرمایه گذار می کند که احتمال دارد بی سامانی بازار باعث بالا رفتن قیمت ارز یا پایین آمدن قیمت ارز شود . در مورد بورس بازی برخی از نویسندگان آن را به بورس بازی سالم و بورس بازی ناسالم تقسیم می کنند که این تقسیم بندی درست نیست چرا که بورس بازی را به خطر انداختن سرمایه خود برای به دست آوردن سودی احتمالی بدانیم می توانیم بیان کنیم که حتی اگر فرد در نتیجه تحقیق و اطلاع از سهام عرضه شده در بورس و و فرابورس به این کار مبادرت ورزد با توجه به عدم توازن در باراز قیمت نمی توان گفت که سهامی که امروز بنا به آمار و احتمالات سود



داشت در آینده هم چنین رویه ای داشته باشد. از طرف دیگر وقتی در طرف بورس بازی از خطر و ریسک صحبت می کنیم دیگر صحبت از بورس بازی سالم یا ناسالم بی معنی خواهد بود چون در هر دو حالت شخص ریسک می کند و بدون توجه به نوسانات بازار دست به بورس بازی می زند. و احتمال از بین رفتن کل سرمایه وی وجود دارد

بخش چهارم: بررسی ماهیت فقهی معاملات فرابورس

بند اول: نظرات فقهای شیعه معاصر و اهل سنت درباره بورس و فرابورس

با عنایت به این که معاملات فرابورس در حکم بورس محسوب می شود و نتیجه مجمع عمومی عادی فرابورس باید به تایید سازمان بورس برسد استفتاء مربوط به بورس در فرابورس نیز لازم الاجرا می باشد.

بند دوم: استفتاء مکارم شیرازی

سرمایه گذاری در بورس از نظر شرعی مانعی دارد؟

پاسخ: بورس هرگاه مربوط به سهام کارخانه ها باشد، سرمایه گذاری در آن مانعی ندارد.

بند سوم: استفتاء آیت الله نوری همدانی

با توجه به اینکه بانکهای جمهوری اسلامی قانوناً موظف هستند که تحت یکی از عناوین عقود اسلامی پول در اختیار متقاضیان قرار دهند، چنانچه قرار داد بجهتی باطل باشد تکلیف گیرنده و کارمند بانک را تعیین فرمائید که آیا کارمند و رؤسای بانک مجاز به پرداخت وام غیر مشروع هستند یا خیر؟ و گیرنده حق تصرف در پول دارد یا خیر؟

پاسخ: بنا بر آنچه که در پاسخ یکی از سؤالات آن مرکز محترم گفتیم بنظر ما پولهایی که در اختیار بانکها گذاشته می شود تا در مجاری اقتصادی مشروع بکار بیندازند بعنوان وکالت بانکها از طرف صاحبان پول است و پولها در مُلک صاحبان پول باقی است.

بند چهارم: نظر اهل سنت درباره سرمایه گذاری در بورس و فرابورس

نظر اهل سنت و جماعت در خصوص سرمایه گذاری در بازار بورس اوراق بهاءدار، شمول یا عدم شمول وجوه سرمایه گذاری شده در بورس به پرداخت زکات چگونه است؟ خواهشمند است نظر خود را در قالب هر یک از بندهای ذیل بفرمایید: الف) برخی از دوستان معتقدند به دلیل اینکه از آنجا سرمایه گذاری در بازار بورس در جلسات اجماع علماء ترکمن که در فواصل زمانی در طول سال برگزار میگردد مورد تایید قرار گرفته است. بنابراین فاقد مشکل شرعی میباشد. ب) نظر برخی اینگونه است که از آنجا که با خرید سهام هر یک از شرکتها که سهام آنها در بازار بورس عرضه می شود، ما هم یکی از صدها مالک آن شرکت میشویم و در واقع ما به همراه سایر شرکاء کارخانه ای را خریداری نموده و در سود و زیان آتی آن شراکت داریم. لذا چونکه ما یک نوع مالکیت حقوقی را خریداری نموده ایم بنابراین وجوه پرداختی ما بابت خرید سهام از پرداخت زکات معاف میباشند و فقط سود سالیانه ما که از تقسیم سود سالانه شرکت (در صورت وجود سود) در صورت کسب شرایط فقهی مشمول پرداخت زکات است. ج) نظر برخی نیز اینگونه است که چون آن شرکتی ما سهام آنرا خریداری نموده ایم و در واقع شریک سایر شرکاء هستیم ممکن است اقدام به گرفتن و یا احیاناً پرداخت وام بهره دار نماید (که کار باطلی است) که در نهایت سود خالص و نهایی شرکت را ناپاک نماید، بدین دلیل سرمایه گذاری در بازار بورس را حرام میدانند.



نتیجه گیری

در بررسی قوانین و آیین نامه ها مربوط به معاملات در فرابورس می توان این مطلب را بیان کرد که سازمان فرابورس را نمی توان به عنوان یک سازمان مستقل یاد کرد به طوری که در تبصره ماده ۱۷ از اساسنامه شرکت فرابورس ایران تصمیمات مجمع عمومی فرابورس را در صورتی معتبر می داند که به تایید سازمان بورس و اوراق بهادار برسد در مورد معاملات و شبهات فقهی نیز می توان بیان کرد که می توان یک شبهه را از میان شبهات ذکر شده به طور کاملاً مشهود در معاملات فرابورس بیان کرد آن هم قبول شرکت ها ی زیان ده و ذکر این نکته که شرکت فرابورس ایران در قبال عدم سوددهی این سرمایه گذاری هیچ مسئولیت نداری می توان آن را نوعی تدلیس در معاملات قلمداد کرد و چنین معاملات را باطل اعلام کرد.

پیشنهاد

بازار های سرمایه گذاری در هر کشور نقش بسزایی در پیشبرد رونق اقتصادی در هر کشور می باشد به طوری که اگر این بازار ها به صورت اصولی تاسیس و مدیریت شود می تواند به اقتصاد کشور کمک شایانی داشته باشد اما در این بین باید عنوان کرد که دولت باید نسبت به سامان دهی این گونه بازار ها اقدام نماید به طوری که از ورود هر گونه شرکت های زیان ده به بازار فرابورس خودداری شود یا در حالت دوم نحوه سرمایه گذاری در این بازار ها را به افراد عادی آموزش دهند باید عنوان کرد که اگر آمار مبنی بر آگاهی مردم نسبت به نحوه فعالیت بورس یا فرابورس پرسیده شود باید عنوان کرد که افراد کم نسبت به این بازار آشنایی دارند و بسیاری از افراد نسبت به نحوه سرمایه گذاری ، خرید و یا روند کتاریان آشنایی لازم را ندارند



سومین پیشنهاد بیمه کردن این گونه سرمایه گذاری ها در شرکت های بیمه می باشد به طوری که خیلی از سرمایه گزار ها می توانند با اطمینان خاطر در این گونه بازار ها سرمایه گزار نمایند و دیگر نگران از بین رفتن سرمایه خود نیستند



منابع و مآخذ

کتاب

- صفایی ، سید حسن ، ۱۳۹۳ ، دوره مقدماتی حقوق مدنی (جلد دوم) ، تهران : انتشارات
بنیاد حقوقی میزان ، ص ۴۲

مقاله

- خالدیان ، سعید ؛ ۱۳۹۵ ، بررسی فقهی حقوقی تدلیس در عقد نکاح ، فصلنامه علمی
تخصصی حبل المتین ، دوره پنجم، شماره هفدهم ، ص ۵

سایت

<https://makarem.ir/main.aspx?typeinfo=۲۱&lid=۰>

<http://portal.anhar.ir/contentview۳.php?export=print&ID=۴۴۱>

<http://www.erfanabad.org>