

تحلیل فقهی و حقوقی رابطه بانوی و ناشر در اوراق مشارکت رهنی

علی‌اکبر جعفری ندوشن^{۱*}، اصغر زیرک باروقی^۲

۱. استادیار گروه حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه یزد

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه شهید مدنی، آذربایجان

(تاریخ دریافت: ۹۶/۶/۲۹؛ تاریخ پذیرش: ۹۷/۱۰/۲)

چکیده

اوراق مشارکت رهنی، به‌عنوان یکی از انواع اوراق بدهی در تأمین مالی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، نیازمند تبیین فقهی و حقوقی روابط طرفین دخیل در آن است؛ در این میان، رابطه بانوی و ناشر (چون از طرف‌های اصلی اوراق مشارکت رهنی هستند) از اهمیت بیشتری برخوردار است. این رابطه، با نهادهای حقوقی «بیع دین»، «تبدیل تعهد» و «انتقال طلب» انطباق‌دانی خواهد بود. تمسک به بیع دین، به‌دلیل مخالفت بعضی از فقها با برخی از فروع آن، متعسر است. در تبدیل تعهد نیز، چون سقوط تعهد سابق و ایجاد تعهد لاحق، لازم و ملزوم هم هستند، علاوه بر عدم انتقال تضمینات و ایرادهای تعهد سابق به منتقل‌آلیه (ناشر)، اشکال‌های ماهوی و شکلی دیگری نیز مطرح است. نهاد انتقال طلب، به دلیل اینکه جلب رضایت استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی ضرورت ندارد و طلب با تمامی تضمینات و حقوق و مزایای مربوط، به ناشر منتقل می‌شود و ناشر می‌تواند از تمامی دفاع‌ها و ایرادهایی که بانک بانوی علیه استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی دارد، استفاده کند، از قابلیت توجیه و انطباق‌پذیری بیشتری با اوراق مشارکت رهنی برخوردار است.

واژگان کلیدی

انتقال طلب، اوراق مشارکت، اوراق مشارکت رهنی، بیع دین، تبدیل تعهد، تسهیلات رهنی.

مقدمه

اوراق مشارکت رهنی یکی از ابزارهای مالی مورد استفاده برای تأمین مالی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، به منظور اعطای وام و تسهیلات به متقاضیان استفاده از اوراق بهادار به پشتوانه تسهیلات رهنی است. در فرایند انتشار اوراق بهادار به پشتوانه تسهیلات رهنی^۱ ابتدا ناشر (شرکت سرمایه‌گذاری) به جمع‌آوری وجوه نقد از سرمایه‌گذاران اقدام و با پرداخت آن به بانک، مطالبات ناشی از تسهیلات رهنی بانک را تملیک می‌کند. در واقع بانک نیز بخشی از طلب‌های مدت‌دار خود را که در برابر آنها اموال غیرمنقول به رهن گرفته است، به شرکت سرمایه‌گذاری (ناشر) منتقل می‌کند و منابع حاصل از انتقال این تسهیلات را به اعطای تسهیلات جدید اختصاص می‌دهد. تبیین ماهیت حقوقی روابط حاکم بر عملیات انتشار این اوراق، ضمن روشن کردن مبانی حقوقی و وجاهت فقهی آنها، از حیث آثار و نتایجی که به‌ویژه در حل دعاوی و اختلاف‌های حقوقی ناشی از این ابزار جدید مالی در پی خواهد داشت، واجد اهمیت است؛ پس در اینجا به بررسی ماهیت حقوقی مهم‌ترین رابطه حقوقی حاکم بر این ابزار (که معطوف به رابطه بانی و ناشر یعنی بانک و شرکت سرمایه‌گذاری منتشرکننده اوراق مشارکت رهنی، برای تأمین مالی انتقال مالکیت مطالبات رهنی مزبور است) می‌پردازیم. ابتدا ماهیت حقوقی این اوراق مشارکت را بررسی می‌کنیم و آنگاه ضمن بیان مجموعه روابط حقوقی حاکم بر انتشار اوراق مزبور در چیستی حقوقی رابطه بانی و ناشر، نظریات سه‌گانه‌ای را در تبیین ماهیت حقوقی آن (که به ترتیب ناظر به بیع دین، تبدیل تعهد و انتقال طلب است) واکاوی خواهیم کرد و سرانجام نظریه برتر را برمی‌گزینیم.

مفهوم اوراق مشارکت رهنی

اوراق مشارکت رهنی نوعی اوراق بهادار به پشتوانه رهن^۲ یا اوراق بهادار متکی به دارایی چون

-
1. Mortgage-Backed Securities (MBS)
 2. Mortgage-Backed Securities (MBS)

املاک و مستغلات^۱ است که به‌عنوان یکی از ابزارهای جدید مالی در بازار سرمایه ایران برای توسعه تأمین مالی بخش مسکن پیش‌بینی می‌شود. بر اساس ماده ۵ قانون «تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارایی بانک‌ها» دولت مکلف است که ترتیبی اتخاذ کند تا ظرف مدت یک سال از تاریخ تصویب این قانون، با ایجاد و به‌کارگیری نهادهای جدید مالی از قبیل بانک جامع اطلاعات، رتبه‌بندی و اعتبارسنجی مشتریان، گروه‌های مشاور مالی و سرمایه‌گذاری غیردولتی، ساماندهی مطالبات معوق و مؤسسات تضمین اعتبار، زمینه تسهیل و تسریع اعطای تسهیلات بانکی را فراهم کند. شاید از این‌رو یکی از شیوه‌های تسهیل و تسریع اعطای تسهیلات، تأسیس و توسعه اوراق مشارکت رهنی باشد، به این ترتیب که ناشران این اوراق بهادار، با اخذ مجوز از مراجع مربوط، به انتشار اوراقی اقدام می‌کنند که به‌منظور سرمایه‌گذاری روی وام و تسهیلات وثیقه‌دار بانک‌ها عرضه می‌شود. بانک‌ها با واگذاری مطالبات خود به ناشران، نقدینگی جدیدی برای اعطای تسهیلات بیشتر به مشتریان پیدا می‌کنند و معمولاً در جریان انتشار این اوراق، یک شرکت سرمایه‌گذاری به‌عنوان ناشر بر اساس توافقی که با یک مؤسسه مالی یا بانک به‌عنوان بانی حاصل می‌شود، اوراق مزبور را منتشر می‌کند تا سرمایه‌گذاران با پذیره‌نویسی آن، منابع مالی لازم را برای خرید مطالبات رهنی بانی تأمین کنند. بنابراین اوراق مشارکت رهنی، نوعی اوراق مشارکت است که برای خرید تسهیلات رهنی توسط ناشر منتشر می‌شود و از آنجا که معمولاً بانک‌ها وقتی برای خرید واحدهای مسکونی وام اعطا می‌کنند، با وثیقه گرفتن واحدهای مسکونی، ریسک نکول از طرف وام‌گیرندگان را نیز می‌پذیرند. اوراق مشارکت رهنی این امکان را فراهم آورده است که بانک‌ها حق دریافت اقساط ماهیانه وام‌ها، به‌علاوه ریسک نکول از طرف وام‌گیرندگان را به سرمایه‌گذاران دیگری منتقل کنند. با ابداع این اوراق بهادار، ریسک نکول از طرف وام‌گیرندگان بین طیف وسیعی از سرمایه‌گذاران توزیع می‌شود. علاوه بر مزیت مزبور که موجب مدیریت و توزیع ریسک خواهد شد، با تبدیل این تسهیلات به اوراق بهادار، به نوعی درآمدهای آتی نقد و نقدینگی تازه به بانک تزریق

می‌شود که موجبات افزایش توان وام‌دهی آن را فراهم می‌آورد و بانک نیز با برخورداری از یک منبع جدید تأمین مالی، از اتکای صرف به سرمایه‌گذاری اشخاص خارج خواهد شد (Charles J and other, 2006: 234).

فرآیند انتشار اوراق مشارکت رهنی

به‌طور کلی در فرآیند تبدیل دارایی‌ها، از جمله تبدیل وام‌های رهنی به اوراق بهادار، شرکت یا مؤسسه‌ای که به تأمین مالی نیاز دارد، به تأسیس شرکت واسط اقدام می‌کند. شرکت واسط برای اینکه وجوه لازم را برای خرید دارایی‌های پیش‌گفته فراهم کند، به انتشار اوراق بدهی با پشتوانه دارایی اقدام و آن را به عموم سرمایه‌گذاران عرضه می‌کند؛ سپس شرکت واسط وجوهی را که از محل فروش اوراق بدهی به‌دست آورده است، بابت خرید دارایی‌های مالی به بانک پرداخت می‌کند. سرمایه‌گذارانی که اوراق بدهی با پشتوانه دارایی را خریده‌اند، از محل جریان‌های نقدی حاصل از دارایی‌های مالی (وام‌ها) بازدهی کسب خواهند کرد. انتشار این نوع از اوراق مشارکت بر اساس قانون انتشار اوراق مشارکت، شاید از ارکان زیر برخوردار باشد:

۱. **بانکی:** بانک، لیزینگ و مؤسسه مالی و اعتباری غیربانکی تحت نظارت بانک مرکزی است که طلب‌های ناشی از تسهیلات رهنی خود را به ناشر (واسط) واگذار می‌کند.
۲. **واسط (ناشر):** شخص حقوقی است که اوراق بهادار را به نام خود منتشر می‌کند.
۳. **امین:** شخص حقوقی است که وظیفه حفظ منافع دارندگان اوراق را بر عهده دارد و تمام مبادله‌های مالی مربوط به اوراق، با نظارت و اجازه وی صورت می‌گیرد. امین باید از میان بانک‌ها، مؤسسه‌های مالی و اعتباری غیربانکی تحت نظارت بانک مرکزی یا شرکت تأمین سرمایه تحت نظارت سازمان بورس و اوراق بهادار انتخاب شود.
۴. **عامل:** بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری غیربانکی تحت نظارت بانک مرکزی است که از طرف ناشر به دریافت اصل و فرع تسهیلات رهنی که توسط گیرندگان تسهیلات پرداخت می‌شود و همچنین پرداخت اصل و سود اوراق در سررسیدهای معین طبق قرارداد عملیت

مبادرت می‌ورزد. به عبارت دیگر اشخاصی که پیش از این تسهیلات رهنی دریافت کرده‌اند، باید اقساط خود را به عامل پرداخت کنند. از طرف دیگر عامل وظیفه دارد که در سررسیدهای معین، اصل و سود اوراق مشارکت رهنی را نیز پرداخت کند. البته چون وظیفه عاملیت را خود بانک (بانی) بر عهده دارد، مشکلی برای گیرندگان تسهیلات (پرداخت‌کنندگان اقساط) و دریافت‌کنندگان سود اوراق مشارکت رهنی (دارندگان اوراق) پدید نخواهد آمد.

۵. ضامن: شخص حقوقی است که بازپرداخت اصل و سود متعلق به اوراق را در سررسیدهای مقرر تعهد و تضمین می‌کند. وجود ضامن به اختیار ناشر است، اما در صورت نبود ضامن، وظیفه‌های آن به امین منتقل می‌شود. البته چون اوراق از نوع مشارکت بوده و در قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت ذکر شده است که ناشر باید تضامین کافی را برای ضمانت‌های سود دارندگان اوراق قرار دهد، در این نوع خاص از اوراق مشارکت نیز باید ناشر وثیقه‌های لازم را در اختیار امین قرار دهد. این ویژگی سبب می‌شود که اوراق مشارکت رهنی مانند اوراق بهادار، با پشتوانه وام‌های رهنی تعهد و تضمین شود.

۶. حسابرس: حسابرس موظف است درباره مصرف وجوه، نگهداری حساب‌ها و میزان وصول تسهیلات رهنی، رسیدگی و اظهار نظر کند و گزارش‌های مربوط را هر شش ماه یک بار، به سازمان، امین و ضامن ارائه دهد. همچنین وی مکلف است درباره رعایت مقررات و ضوابط حاکم بر عملکرد ناشر در ارتباط با اوراق منتشرشده رسیدگی و اظهار نظر و گزارش‌های مربوط را به سازمان ارائه کند (سروش، ۱۳۸۷: ۱۸۰).

ماهیت حقوقی رابطه ناشر و بانی

روابط حقوقی که در فرآیند انتشار اوراق مشارکت رهنی، امکان شناسایی و بررسی دارند عبارتند از: ۱. رابطه حقوقی ناشر با پذیرهنویسان که شاید بر عقد وکالت یا نمایندگی مبتنی باشد؛ ۲. رابطه حقوقی پذیرهنویسان یا دارندگان اوراق مشارکت که شاید بر نوعی عقد شرکت مدنی مبتنی شود؛ ۳. رابطه حقوقی بین ناشر و بانی که به نظر هر چند در کمیته فقهی سازمان بورس اوراق بهادار بر مبنای عقد بیع تبیین شده، در میان روابط حقوقی

پیش‌گفته نیازمند بررسی و تحلیل فقهی و حقوقی بیشتر است. در این رابطه بانی که یک بانک، لیزینگ و مؤسسه مالی و اعتباری غیربانکی تحت نظارت بانک مرکزی است، طلب‌های ناشی از تسهیلات رهنی را به ناشری واگذار می‌کند که شخصی حقوقی است و به منظور خرید مطالبات رهنی از بانی و تبدیل آنها به اوراق بهادار از سازمان بورس اوراق بهادار مجوز دریافت می‌کند و فعالیت وی صرفاً به انجام دادن این عملیات و سرمایه‌گذاری‌های مرتبط با عملیات در بازارهای مجاز و مطمئن محدود است.^۱

بانی در قبال ناشر متعهد می‌شود که تمامی امور اجرایی انتشار، عرضه و فروش اوراق مشارکت رهنی را در مدت زمان معینی به فروش برساند و در صورت عدم فروش اوراق مورد انتشار در مدت تعیین شده، بانی باید اقدامات مقتضی را برای اخذ مجوز تمدید فروش اوراق مشارکت رهنی از مبادی ذی‌ربط انجام دهد. همچنین وصول اقساط مربوط به تسهیلات واگذار شده به ناشر بر عهده بانی بوده و وی موظف است پس از وصول وجوه اقساط مربوط، آنها را به حساب ناشر واریز کند.

در مقابل ناشر مکلف است همه وجوه حاصل از فروش اوراق منتشر شده را به انتقال تسهیلات رهنی از بانی تخصیص دهد و همچنین متعهد است که با اعطای وکالت به بانی، امکان انجام دادن خدمات مربوط به انتشار اوراق مشارکت وصول اقساط مربوط را میسر کند.

ناشر باید هنگام فروش اوراق بهادار، با اطلاع‌رسانی مناسب، سرمایه‌گذاران را به این نکته آگاه کند که هیچ‌گونه تعهدی در خصوص این اوراق متوجه بانی نیست.^۲ مضافاً اینکه ناشر موظف است تمامی اسرار متعلق به صاحبان اسناد و متعهدان مطالبات خریداری شده را حفظ کند.

۱. بخشنامه شماره ۸۷/۸۷/۱۹۲۸۰ مورخ ۸۷/۷/۲۱ بانک مرکزی در خصوص مقررات احتیاطی تبدیل مطالبات رهنی

مؤسسات اعتباری به اوراق بهادار، ماده ۲.

۲. همان، ماده ۲۲.

در تحلیل حقوقی رابطه ناشر و بانی، در مقررات مربوط، از عبارت «فروش» استفاده شده است؛ ولی این رابطه چون موضوع واگذاری در آن، دین دارای وثیقه غیرمنقول است و چون «بیع دین» در مباحث فقهی اختلاف فقها را به همراه دارد، اطلاق بیع به این رابطه حقوقی از منظر برخی از فقها محل اشکال است. ولی این رابطه با نهادهای حقوقی دیگری در نظام حقوقی ایران انطباق پذیر خواهد بود که به بررسی و تحلیل مستقل نیاز دارد. پس در بدو امر، لازم است رابطه ناشر و بانی را با «بیع دین» تطبیق دهیم و سپس با طرح سایر تأسیسات حقوقی، قابلیت هر کدام را بررسی کنیم تا به یک ایده مناسب دست یابیم.

بیع دین

اگر مفروض ما این باشد که بانی، دیون دارای وثیقه غیرمنقول تسهیلات گیرندگان را، با کسر مبلغی، به ناشر از طریق بیع واگذار می‌کند و ناشر نیز برای تأمین منابع مالی این واگذاری، به انتشار اوراق مشارکت رهنی اقدام می‌کند؛ این عمل با «بیع دین به کمتر» مطابقت دارد و در این زمینه باید دو موضوع بررسی و تحلیل شود. ابتدا اینکه آیا بیع دین به کمتر از مقدار آن جایز است؟ و در صورت جواز، آیا مدیون به پرداخت کل مبلغ دین ملزم است یا آنکه کافی خواهد بود اگر به مقداری که مشتری به دائن داده است، به همان مقدار به مشتری بپردازد؟ و دوم اینکه بر فرض صحت بیع دین به کمتر، تکلیف تضمینات غیرمنقول دیون چه خواهد بود و آیا امکان انتقال آن به ناشر به همراه بیع دین وجود دارد؟ در زمینه بیع دین، عده‌ای به بطلان مطلق این نوع بیع معتقدند و تفصیلی بین بیع به مدیون و غیر او، بیع دین حال و مؤجل قائل نیستند. شیخ طوسی (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۱۲۵) این قول را به شافعی (شربینی، ۱۳۵۲، ج ۲: ۷۱) نسبت داده، ولی دلیلی برای آن ذکر نکرده است. در منابع فقه شیعه، با اینکه مباحث مبسوطی در این مورد مطرح نشده، اصل موضوع جای تردید ندارد و برخی از علما، ضمن بیان جواز بیع دین، آن را دیدگاه علمای امامیه دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۶: ۳۹۶). در این میان برخی قائل به عدم جواز بیع دین به غیرمدیون بوده‌اند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۴۰) و از علمای معاصر نیز امام خمینی^(ره) (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۱۷۵) و مقام معظم رهبری (خامنه‌ای، ۱۴۱۶: ۷۷۷) هم‌نظر ایشان

هستند. ولی اکثر فقها، بیع دین به غیرمدیون را صحیح می‌دانند (عاملی، بی‌تا، ج ۵: ۲۱؛ الکرکی، ۱۴۰۳، ج ۴: ۱۸ - ۱۹) تا آنجا که برخی آن را به مشهور نسبت داده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۰۳، ج ۴: ۱۹ - ۲۳) و بعضی شهرت را نزدیک به اجماع می‌دانند (نجفی، بی‌تا، ج ۲۴: ۳۴۴ - ۳۴۸). تا اینکه از این حکم، به «دیدگاه علمای امامیه» (حلی، ۱۴۱۶، ج ۵: ۳۹۶) و «روایت اصحاب ما» (عاملی، بی‌تا، ج ۵: ۲۱) تعبیر شده است.

همچنین عده‌ای از فقها، بیع دین به مدیون و غیرمدیون را، قبل از حلول اجل آن جایز نمی‌دانند (بحرانی، بی‌تا، ج ۲۰: ۲۰۲؛ محقق حلی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۵۵؛ شهید اول، ۱۴۱۲، ج ۳: ۳۱۳). در مقابل، برخی از ایشان، قائل به جواز بیع دین مؤجل مانند بیع دین حال هستند و معتقدند که دین مؤجل حق مالی بوده و لذا بیع آن جایز است (عاملی، بی‌تا، ج ۵: ۲۱).

در پاسخ به سؤال اول از شیخ طوسی در النهایه این‌گونه نقل شده است که اگر کسی دینی را به مبلغ کمتر از مبلغ دین بفروشد، شخص مدیون به پرداخت مبلغی بیشتر از آنچه خریدار دین داده است، ملزم نیست (عاملی، بی‌تا، ج ۵: ۲۱ - ۲۲). مستند چنین حکمی دو روایت در این زمینه است (نجفی، بی‌تا، ج ۲۵: ۶۰). ابن‌برّاج نیز همین نظر را پذیرفته است (ابن‌برّاج، ۱۴۰۶، ج ۱: ۳۸۹) اما اکثریت قائل به ملزم بودن مدیون به پرداخت کل مبلغ دین هستند (حکیم، ۱۴۰۰، ج ۲: ۱۸۷؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۷۳؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۳۱۳). هرچند بعضی از علما مثل شهید صدر معتقدند که در این حالت، احتیاط مستحب برای خریدار دین، این است که بیشتر از مقداری که به دائن پرداخته است، از مدیون نگیرد (حکیم، ۱۴۰۰، ج ۲: ۱۸۷).

اما در زمینه امکان انتقال وثایق دیون تسهیلات گیرندگان به ناشر به‌عنوان مشتری، با بیع دین، این بحث مطرح می‌شود که آیا با انشای ماهیت حقوقی بیع دین، تضمینات و وثایق آن نیز به مشتری (ناشر) منتقل می‌شود؟ یا اینکه برای چنین انتقالی به انشای مستقلی نیاز است که به‌صورت شرط ضمن عقد بیع دین، مورد توافق طرفین واقع شود؟

کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار، بیان صریحی در این مورد ندارد و فقط در بند ۴ صورتجلسه شماره ۱۶ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۳ برای پوشش ریسک این اوراق و اطمینان از حصول دیون، انتقال اسناد و وثایق رهنی به شرکت سرمایه‌گذاری [ناشر]

پیش‌بینی شده است و درباره اینکه انتقال تضمینات، اثر ذاتی بیع دین بوده یا اینکه به صورت شرط ضمن عقد است؛ بحثی نکرده‌اند.

در بدو امر باید به این سؤال پاسخ داد که آیا تضمینات تعهد، تابع تعهد هستند که با انتقال آن، تضمینات نیز منتقل شوند؟

تبعیت تضمینات هر تعهد از اصل تعهد، در قانون مدنی، از ماده ۲۹۳ دریافت می‌شود که به موجب آن، در تبدیل تعهد، تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نمی‌گیرد و دلیل این امر را نیز باید در این نکته جست‌وجو کرد که چون در تبدیل تعهد، تعهد سابق ساقط می‌شود، تضمینات آن نیز همراه و به تبع آن ساقط خواهد شد، از این‌رو بر مبنای ماده مذکور می‌توان چنین استدلال کرد که تضمینات از توابع تعهدند و در صورت بقای تعهد، تضمینات نیز باقی خواهند ماند و در صورت انتقال، آنها نیز همراه با تعهد منتقل می‌شوند. همین حکم را می‌توان از مفهوم جزء آخر ماده فوق نیز استنتاج کرد.

از این‌رو شاید ناگزیر باشیم که در جست‌وجوی قابلیت انتقال تضامین و وثایق بیع دین، آن را در مقابل تبدیل تعهد، انتقال تعهد تلقی کنیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۰۹) چون انتقال تعهد یا در قالب انتقال طلب متبلور می‌شود که جنبه مثبت تعهد است یا در قالب انتقال دین؛ و در اینجا می‌توان بیع دین یا طلب را به عنوان بیع کلی فی الذمه نوعی عقد عهدی دانست (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱: ۴۴) که موجب انتقال تعهد است و برخلاف تبدیل تعهد ماده ۲۹۳ موجب سقوط تعهد سابق نمی‌شود؛ بلکه در این انتقال، ملکیت طلب همراه با جمیع اوصاف و توابع و تضمینات آن، به صرف تراضی طرفین منتقل خواهد شد؛ چرا که توابع و تضمینات مذکور همان‌گونه که در تألیفات حقوقی انعکاس یافته است، نسبت به اصل مطلب جنبه تبعی و فرعی دارند و در وجود و بقا، تابع اصل خود هستند (لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۲۶) و اصولاً انتقال تعهد زمانی پدید می‌آید که تعهد موجود، با صورتی که دارد به یک یا چند شخص منتقل شود و سپس موجب قائم‌مقامی در شخص موضوع تعهد شود. به بیان دیگر شخصی که پس از انتقال، مالک موضوع تعهد می‌شود، می‌تواند از تمامی اوصاف آن تعهد استفاده کند.

بنابراین هر چند بیع دین، با توجیهاات مذکور در قالب نهاد انتقال طلب، قابلیت انتقال وثایق و تضمینات پیدا می‌کند و به تبع رابطه بانی و ناشر در فرآیند انتشار اوراق مشارکت رهنی، با بیع مزبور، توجیه پذیر می‌شود؛ اما وجود اختلاف نظر فقها، در برخی فروض بیع دین، بالأخص اشکال حضرت امام و مقام معظم رهبری به بیع دین به غیرمدیون، به دلیل ارجاع اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی در موارد سکوت قانونی به منابع و فتاوی معتبر فقهی، پیشنهاد بیع دین برای ماهیت فقهی و حقوقی رابطه بانی و ناشر مشکل به نظر می‌رسد. ضمن آنکه اگر بتوان مستقلاً از نهاد انتقال طلب در توضیح ماهیت حقوقی رابطه مارالذکر بهره جست، تمسک به بیع دین وجه چندانی نخواهد داشت.

تبدیل تعهد^۱

تأسیس حقوقی «تبدیل تعهد» میراثی از حقوق رومیان بوده که در حقوق بسیاری از کشورها به یادگار مانده است. در تبدیل تعهد، سقوط و ایجاد تعهد به عنوان دو امر ملازم یکدیگر، با هم موضوع تراضی قرار می‌گیرد و هر کدام سبب تحقق دیگری می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۹۸).

تبدیل تعهد، شاید به چهار صورت محقق شود. تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع؛ تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل سبب؛ تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون و تبدیل تعهد به اعتبار داین.

با این توضیحات و با توجه به روند شکل‌گیری اوراق مشارکت رهنی، آنچه در ارتباط با ناشر و بانی انطباق پذیر به نظر می‌رسد، تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل داین است؛ چرا که در این نوع تبدیل تعهد، مدیون و متعهدله توافق می‌کنند که تعهد مدیون در برابر متعهدله به تعهد او در برابر ثالث تبدیل یابد که در صورت قبول ثالث، تعهد اول ساقط می‌شود و در برابر آن تعهد جدید در برابر ثالث به وجود می‌آید (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۳۹) و در اوراق مشارکت رهنی نیز، بانک بانی و استفاده‌کنندگان از تسهیلات، تعهد فیما بین خود را ساقط

1. conversion of obligation

و با ناشر به عنوان داین جدید، تعهدی با موضوع تعهد سابق منعقد می‌کنند؛ به این نحو، تعهدات استفاده‌کنندگان از تسهیلات، در قبال بانی ساقط و عهده آنها نزد ناشر مشغول می‌شود. طرح اوراق مشارکت رهنی، تحت «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل داین» و تشخیص مخاطرات و فواید آن، مستلزم تبیین ماهیت و آثار این نهاد حقوقی است.

از آنچه درباره نحوه شکل‌گیری تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل داین بیان شد، این نکته استنباط می‌شود که در این نوع تبدیل تعهد، وجود اراده انشایی داین اول، داین دوم و مدیون ضروری خواهد بود، چرا که از یک سوی تبدیل تعهد یک عمل حقوقی است و قصد و رضا از شرایط آن محسوب می‌شود (صفایی، ۱۳۵۱: ۲۶۱) و از سوی دیگر، همزمان با سقوط تعهد سابق، تعهد جدید به وجود می‌آید و در صورت فقدان قصد در هریک از سه طرف، یا تعهد سابق از بین نمی‌رود، یا اساساً تعهد جدید شکل نمی‌گیرد و به هر حال تبدیل تعهد محقق نخواهد شد (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۳۹).

اگر عمل حقوقی تبدیل تعهد، صحیحاً واقع شود آثار زیر بر آن بار خواهد شد:

الف) زوال تعهد سابق: در تبدیل تعهد از طریق تغییر داین، نه یک تعهد که دو تعهد موضوع عقد قرار می‌گیرند که با سقوط تعهد اول، تعهد دوم ایجاد خواهد شد که می‌توان نوعی ملازمه و رابطه عوض و معوض بین سقوط تعهد سابق و پیدایش تعهد جدید یافت (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۳۹).

ب) تمامی توابع و تضمینات طلب به لحاظ سقوط تعهد اصلی، همراه با آن ساقط می‌شوند (ماده ۲۹۳ قانون مدنی). بدیهی است که چنین شرطی نیز در چارچوب تعهد جدید تحلیل‌شدنی خواهد بود، وگرنه شرط مذکور در ضمن تعهد سابق به جهت سقوط آن موضوعیت ندارد.

ج) دفاعیات و ایرادها نیز همچون توابع و تضمینات طلب به دلیل وابستگی و تبعیت از تعهد اصلی، به مجرد سقوط آن، ساقط می‌شوند.

بنا بر مجموع مباحث بالا، رابطه ناشر و بانی در فرآیند اوراق مشارکت رهنی را می‌توان با تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل داین تطبیق داد؛ اما این نوع عمل حقوقی، مستلزم تراضی سه طرف

تبدیل تعهد است. بنابراین، چون در تبدیل تعهد، سقوط تعهد سابق و ایجاد تعهد لاحق لازم و ملزوم هم هستند، باید توالی عرفی ایجاب و قبول در انشای ماهیت حقوقی آن رعایت شود؛ زیرا با توجه به مناط موجود در ماده ۱۰۶۵ قانون مدنی، توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت عقد است. پس در اوراق مشارکت رهنی، در عمل حقوقی تبدیل تعهد، حضور استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی، بانی و ناشر ضروری است و باید هر سه طرف، قصد و رضای خویش را به هنگام انشای حقوقی ابراز کنند. بی‌تردید مهیا کردن این شرایط به دلیل کثرت استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی مشکل خواهد بود. شاید پیشنهاد شود که بانک بانی می‌تواند به هنگام ارائه تسهیلات، رضایت مشتریان خود نسبت به تبدیل تعهد احتمالی را جلب و بعدها مستند به آن، به تبدیل تعهد به نفع ناشر اقدام کند. ولی اینجا همان اشکال عدم توالی ایجاب و قبول، صوری و غیرواقعی بودن انشای حقوقی پیش خواهد آمد.

علاوه بر اشکال بالا، چون در تبدیل تعهد، تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق منتقل نمی‌شود، وثایق تعهد استفاده‌کنندگان از تسهیلات در قبال بانک بانی، بعد از تبدیل تعهد به متعهدله جدید یعنی ناشر منتقل نخواهد شد، مگر اینکه طرفین صریحاً چنین انتقالی را شرط کنند و همان‌طور که گفتیم، به دلیل سقوط تعهد سابق، چنین شرطی فقط در چارچوب تعهد جدید تحلیل‌شدنی است و تحقق این شرط، باز رضایت استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی و مشکلات مربوط به آن را ایجاب خواهد کرد.

به‌علاوه اینکه ناشر، از دفاعیات و ایرادهای مربوط به تعهد سابق (تعهد استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی در قبال ناشر) بهره‌مند نخواهد شد؛ چرا که دفاعیات و ایرادهای مذکور با سقوط تعهد سابق، زائل می‌شود و ناشر حق تمسک به آنها را ندارد. خود این وضعیت نیز گاهی در روابط حقوقی ناشر با سایر طرفین مشکل ایجاد می‌کند.

بنا بر آنچه بیان شد، هرچند امکان طرح اوراق مشارکت رهنی، در قالب تبدیل تعهد به جهت تبدیل داین وجود دارد، به دلیل مشکلاتی که به هنگام انشای ماهیت حقوقی پیش می‌آید و همچنین عدم انتقال تضمینات دین و زائل شدن دفاعیات و ایرادهای مربوط به تعهد سابق، این راهکار برای تبیین ماهیت اوراق مشارکت رهنی پیشنهاد نمی‌شود.

انتقال طلب^۱

انتقال طلب به موجب عقدی صورت می‌گیرد که به استناد آن، طلبکار حقوق خود را به ثالثی که در این عقد، طرف عقد محسوب می‌شود (و نسبت به رابطه تعهد پیش از عقد، ثالث به‌شمار می‌آید) انتقال می‌دهد. منتقل‌آلیه قائم‌مقام ناقل می‌شود و در برابر بدهکار سابق طلبکار خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۳۰).

در حقوق روم که یکی از منابع اصلی حقوق اروپاست، بر اساس نظریه‌ای قدیمی، تعهد وابسته به شخص مدیون و در نتیجه انتقال‌ناپذیر بود (Malaurie and other, 2007: 77). این نظریه به تدریج تضعیف شد و تعهد وجودی مستقل از شخصیت داین و مدیون پیدا کرد و جزو دارایی شخص به‌شمار آمد و امکان انتقال یافت. در انتقال تعهد، در واقع یکی از طرفین رابطه تغییر می‌کند، نه خود تعهد؛ زیرا اگر بتوان حالتی را تصور کرد که در آن هم داین و مدیون و هم رابطه بین آن دو، یعنی نفس تعهد، تغییر کند؛ دیگر آن تعهد بر جای نمی‌ماند تا سخن از انتقال آن به میان آید. به این لحاظ برای تصور کردن انتقال یک تعهد، باقی ماندن تعهد به وضع سابق خود با تمام اوصاف و توابعش، ضرورت دارد. از این رو وقتی که درباره انتقال تعهد سخن گفته می‌شود، در واقع منظور آن است که جنبه مثبت همان تعهد که طلب باشد یا جنبه منفی آن که دین نامیده می‌شود، به غیر منتقل شود (سلاجقه، ۱۳۷۳: ۲۳) به همین دلیل است که اغلب از اصطلاح (انتقال تعهد) صرفاً به صورت یک سرفصل کلی استفاده می‌شود و سپس در ذیل عنوان به‌طور جداگانه «انتقال طلب و انتقال دین» را بررسی می‌کنند (امامی، ۱۳۷۱: ۲۴۴).

ماهیت حقوقی انتقال طلب با اراده انشایی داین و منتقل‌آلیه ایجاد می‌شود و جلب رضایت مدیون برای تحقق انتقال طلب ضروری نیست و صرف اطلاع به مدیون، برای تحقق این امر کفایت می‌کند؛ چرا که طلب جزئی از دارایی شخص است و او می‌تواند آن را به هر کسی که مایل باشد، منتقل کند و شرط قرارداد در حق مدیون صرفاً اطلاع است و این از ماده ۳۸ قانون اعسار مصوب ۲۰ آذر ۱۳۱۳ استنباط می‌شود.

1. Assignment of chose in action.

با این تفاسیر، پرسشی پیش می‌آید که آیا نهاد «انتقال طلب» در نظام حقوقی ایران پیش‌بینی شده است؟ انتقال طلب به صورت مستقل و تحت این عنوان در قانون مدنی مطرح نشده، ولی به اعتقاد برخی از حقوقدانان بند ۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی در مقام بیان انتقال طلب است. ایشان این بند را با حقیقت تبدیل تعهد سازگار ندانسته‌اند و آن را منطبق با انتقال طلب دانسته‌اند و از آنجا که این دو تأسیس را مستقل از یکدیگر می‌دانند؛ چنین فرض کرده‌اند که قانونگذار دچار اشتباه شده است (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۳۹؛ امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۳۴۳) چرا که اجرای مفاد ماده ۲۹۳ قانون مدنی نسبت به بند مذکور که تعریف انتقال طلب است، برخلاف ماهیت حقوقی انتقال طلب خواهد بود.

به این ترتیب، تنها ماده‌ای که در قانون مدنی درباره انتقال طلب مطرح شده، با ماهیت کاملاً متفاوتی در هم آمیخته است، آن هم به نحوی که یا باید برای استنباط انتقال طلب از آن قائل به اشتباه قانونگذار و خواستار اصلاح آن شد یا باید از ظاهر آن دست برداشت و انتقال تعهد در ارتباط با ماده مذکور را تبدیل تعهد به طریق تغییر داین تلقی کرد.

اما بنا بر آنچه در صدر این مبحث بیان شد، مبنای نهاد «انتقال طلب»، استقلال و عدم وابستگی دین به شخصیت داین و مدیون است؛ و این مبنا هم در فقه امامیه و هم در فقه مذاهب اربعه، به دلیل وجود نهادهای حقوقی ضمان و حواله پذیرفتنی است. بنابراین با وجود عدم صراحت قانونی، قبول انتقال طلب از نظر مبنایی هیچ منعی ندارد.

مضافاً اینکه در برخی قانون‌های متفرقه مثل ماده ۳۸ قانون اعسار و ماده ۲۶ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ نیز به این تأسیس حقوقی اشاره شده است.

علاوه بر موارد فوق، نهاد «انتقال قرارداد» در فقه و حقوق موضوعه، در مواردی پیش‌بینی شده است. انتقال قرارداد عبارت از حالتی است که به موجب آن شخص ثالثی، جانشین یکی از طرفین عقد می‌شود. به بیان دیگر در انتقال قرارداد، هدف این است که موقعیت قراردادی یکی از طرفین همراه با تمامی حقوق و تعهدات ناشی از آن به شخص ثالثی منتقل شود. برای مثال، مالکی تعهد می‌کند که ملک خود را در برابر مبلغی به دیگری بفروشد و طرف قرارداد، این حق را به دیگری انتقال می‌دهد و او را جانشین خود می‌کند

(کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۹۳). این نهاد در مواد ۵۴۱، ۵۴۵ و ۵۵۴ قانون مدنی، ماده ۱۷ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، ماده ۵۴ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری، ماده ۳ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۸۷، ماده ۱۲ قانون کار، ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، مواد ۱۷ و ۱۸ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ و تبصره (۱) لایحه قانونی ادغام شرکت ملی ذوب آهن ایران و شرکت ملی صنایع فولاد ایران و تشکیل شرکت ملی فولاد ایران مصوب ۱۳۵۸/۹/۲۸ به صراحت یا به طور ضمنی مطرح شده است.

در متون فقهی نیز، انتقال عقد مضاربه، از سوی برخی از فقها پذیرفته شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۵: ۱۸۷؛ خویی، ۱۴۱۰: ۹۴؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۱۸۰؛ حکیم، ۱۴۰۶، ج ۱۲: ۳۲۳). همچنین انتقال ارادی عقد مزارعه از ناحیه عامل، به نحوی که عامل دوم مستقیماً طرف عقد مزارعه قرار گیرد، از طرف برخی از فقها تأیید شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۵: ۳۲۱؛ حکیم، ۱۴۰۶، ج ۱۲: ۳۲۳ و ج ۱۳: ۱۰۶؛ خویی، ۱۴۱۰: ۳۴۵ - ۳۴۶؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۴: ۱۷۷؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۱۸۱).

نهاد «انتقال طلب» را نمی‌توان با «انتقال قرارداد» مساوی دانست، زیرا انتقال طلب، سبب تجزیه آثار عقد می‌شود و اجزای عقد، به صورت جداگانه و بدون انتقال خود عقد منتقل می‌شوند؛ در این صورت برای انتقال گیرنده طلب، حق فسخ، اقاله و تمدید عقد وجود نخواهد داشت؛ زیرا این حقوق مربوط به طرفین عقد بوده و کسی که فقط دیون و حقوق به او منتقل شده است، طرف عقد محسوب نمی‌شود (ایزانلو، ۱۳۹۱: ۴). اما از پذیرش «انتقال قرارداد» در فقه و حقوق موضوعه می‌توان چنین استنباط کرد که چون دین و طلب از اجزای قرارداد است، تمام آثار نهاد «انتقال قرارداد» به انتقال طلب نیز تسری پذیر است؛ مگر آثاری مثل فسخ، اقاله یا تمدید قرارداد که مختص خود قرارداد هستند و حکم آن به اجزای عقد سرایت نمی‌کند. بنابراین هر چند فقها در مورد انتقال طلب به تصریح بیانی ندارند، می‌توان از وحدت ملاک «انتقال قرارداد» نیز، صحت انتقال طلب را استنباط کرد؛ چرا که مبنای انتقال قرارداد، قائم‌مقامی منتقل‌الیه است؛ یعنی پس از انتقال، تمامی حقوق، تعهدات، تضمینات و دفاعیات منتقل می‌شود و قائم‌مقامی به مفهوم دقیق کلمه

تحقق می‌یابد (ایزائلو، ۱۳۹۱: ۴) و انتقال طلب نیز، طلبکار جدید را قائم‌مقام طلبکار قبلی می‌کند و از اسباب قائم‌مقامی خاص در حقوق دینی به‌شمار می‌رود (مولودی، ۱۳۸۳: ۶).

انتقال طلب از حیث آثار نیز با سایر تأسیسات حقوقی مشابه تفاوت دارد؛ این آثار عبارتند از:

الف) در انتقال طلب، تراضی طرفین حول محور یک تعهد قرار می‌گیرد، به‌نحوی که جنبه مثبت چنین تعهدی، موضوع انتقال واقع می‌شود و انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده، نسبت به مالکیت مافی‌الذمه مدیون، تراضی می‌کنند؛ به‌این لحاظ مسئله انتقال جنبه مثبت تعهد، به‌عنوان یکی از عوضین مطرح است؛ حال آنکه در تبدیل تعهد از طریق تغییر داین، نه یک تعهد که دو تعهد موضوع عقد قرار می‌گیرند که با سقوط تعهد اول، تعهد دوم ایجاد می‌شود که نوعی ملازمه و رابطه عوض و معوض را می‌توان بین سقوط تعهد سابق و پیدایش تعهد جدید یافت (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۳۹).

ب) چون در انتقال طلب تعهد اصلی برجای می‌ماند و فقط جنبه مثبت آن، مورد نقل و انتقال قرار می‌گیرد؛ تمامی توابع و تضمینات طلب همراه با آن، به منتقل‌آلیه انتقال می‌یابد.

ج) در انتقال طلب، برخلاف تبدیل تعهد، مدیون می‌تواند به‌لحاظ پابرجایی تعهدی که جنبه مثبت آن موضوع انتقال واقع شده، از تمامی دفاع‌ها و ایرادهایی که علیه بستانکار اصلی داشته است، علیه بستانکار جدید نیز استفاده کند. متقابلاً همین حق برای منتقل‌آلیه در قبال مدیون وجود دارد، زیرا انتقال طلب قراردادی است مبنی بر انتقال، ولی تبدیل تعهد بر مبنای اسقاط و ایجاد صورت می‌پذیرد.

به این ترتیب، با توجه به فرآیند انتشار اوراق مشارکت رهنی، می‌توان رابطه بانک بانی و ناشر را مطابق نهاد حقوقی «انتقال طلب» تحلیل کرد؛ به این نحو که بانک بانی، طلب‌هایی که نزد استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی دارد و این طلب‌ها دارای تضمینات رهنی غیرمنقول هم هستند، به ناشر منتقل می‌کند و چون ماهیت این عمل حقوقی «انتقال طلب» است؛ اولاً جلب رضایت استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی برای این انتقال ضروری نیست و صرف اطلاع‌شان از انتقال کفایت می‌کند؛ ثانیاً وثایق و تضمینات غیرمنقول، بدون نیاز به درج شرط ضمن عقد، از لحظه انشای ماهیت حقوقی قرارداد انتقال طلب، به ناشر

منتقل می‌شود؛ ثالثاً ناشر از تمامی دفاع‌ها و ایرادهایی که بانک بانی علیه استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی داشته است، می‌تواند استفاده کند.

بنابراین، انطباق رابطه ناشر و بانی در انتشار اوراق مشارکت رهنی با انتقال طلب، چون این نهاد با مبانی فقهی و قانون‌های موضوعه مطابقت دارد و جلب رضایت استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی هم ضروری نیست و اینکه طلب با تمامی تضمینات و حقوق و مزایای مربوط، به ناشر منتقل می‌شود؛ ضمن تسریع در فرآیند اوراق مشارکت رهنی، برای طرفین اطمینان خاطر بیشتری فراهم می‌کند؛ چرا که محتمل است بانک بانی، موفق به جلب رضایت استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی نشود یا اینکه آنها، با انتقال تضمینات دیونشان به ناشر موافق نباشند یا بعد از انتقال در اصل تسهیلات، تضمینات یا پرداخت اقساط آن، بین ناشر و استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی اختلاف ایجاد شود و ناشر نتواند به ایرادها و دفاعاتی که بانی می‌توانست در مقابل ایشان طرح کند، متوسل شود.

نتیجه‌گیری

در جریان انتشار اوراق مشارکت رهنی، رابطه حقوقی بین بانی و ناشر که در آن، بانی یک بانک، لیزینگ و مؤسسه مالی و اعتباری است که طلب‌های ناشی از تسهیلات رهنی خود را به ناشری واگذار می‌کند و ناشر به‌عنوان یک شخص حقوقی دیگر در جهت تأمین منابع لازم در تملیک مطالبات رهنی مزبور به انتشار اوراق بهادار، به‌عنوان اوراق مشارکت رهنی اقدام می‌کند، کمیته فقهی سازمان بورس اوراق بهادار، رابطه حقوقی مزبور را نوعی عقد بیع دین شناخته، و در مقررات مربوط از عبارت «فروش» استفاده کرده است. حال آنکه چون موضوع مورد واگذاری این رابطه، دین دارای وثیقه غیرمنقول است و صحت «بیع دین» در مباحث فقهی مورد اجماع نیست، اطلاق بیع به این رابطه حقوقی حداقل از منظر برخی از فقها محل اشکال است. علاوه بر این، انتقال مالکیت مطالبات رهنی، مستلزم انتقال تضامین و وثایق آن است که در این صورت با عنایت به مفهوم و منطوق ماده ۲۹۳ قانون مدنی، باید بیع دین به‌عنوان کلی فی الذمه در قالب عقدی عهدی از مجری انتقال تعهدی از جنس انتقال طلب بگذرد تا واجد قابلیت انتقال تضامین و وثایق شود. چون در مقابل

انتقال تعهد، با تبدیل تعهد هم در ماده مارالذکر روبه‌رویم که به‌واسطه اسقاط و ایجاد تعهد در فرآیند تبدیل و به تبع، عدم انتقال تضامین و لزوم کسب رضایت همه اطراف تعهد، امکان انطباق آن با رابطه حقوقی مورد بحث فراهم نمی‌شود. از این‌رو نهاد انتقال طلب که مفهومی عام‌تر از بیع دین دارد و علاوه بر بیع دین، با عناوین چون صلح و ... حتی ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل‌شدنی است و با اشکال‌های فقهی بیع دین روبه‌رو نیست؛ چون مثلاً صلح، هرچند در مقام معاملات نتیجه معامله‌ای را می‌دهد که به‌جای آن واقع شده است، شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد (ماده ۷۵۸ ق.م) پس شایستگی حقوقی بیشتری در تحلیل رابطه حقوقی بانی و ناشر دارد.

بنابراین هرچند شاید رابطه بانی و ناشر در فرآیند انتشار اوراق مشارکت رهنی، بر مبنای بیع دین، با توجیحات و واسطه‌هایی قابلیت انطباق یابد، تبیین ماهیت حقوقی رابطه مذکور با انتقال طلب، چون این نهاد با مبانی فقهی و قانون‌های موضوعه مطابقت دارد و با توسل به آن، جلب رضایت استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی نیز ضرورت نمی‌یابد و طلب با تمامی تضمینات و حقوق و مزایای مربوط، به ناشر منتقل می‌شود و ناشر از تمامی دفاع‌ها و ایرادهایی که بانک بانی علیه استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی داشته است، می‌تواند استفاده کند، پس در مجموع از قابلیت توجیه و انطباق‌پذیری بیشتری برخوردار است. ابتدای این رابطه حقوقی بر پایه انتقال طلب ضمن تسریع در فرآیند انتشار اوراق مشارکت رهنی، برای طرفین اطمینان خاطر بیشتری فراهم می‌کند، چرا که محتمل است بانک بانی، موفق به جلب رضایت استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی نشود یا اینکه آنها، با انتقال تضمینات دیونشان به ناشر موافق نباشند یا بعد از انتقال در اصل تسهیلات، تضمینات یا پرداخت اقساط آن، بین ناشر و استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانکی اختلافی ایجاد شود و ناشر نتواند به ایرادها و دفاعیاتی متوسل شود که بانی می‌توانست در مقابل ایشان طرح کند.

کتابنامه

۱. ابن ادریس الحلبي، محمد بن احمد (۱۴۱۰ق). السرائر، قم: مؤسسه نشر اسلامي.
۲. ابن برآج طرابلسي (قاضي)، عبدالعزيز (۱۴۰۶ق). المهذب البارع في شرح المختصر النافع، قم: مؤسسه نشر اسلامي.
۳. امامي، سيد حسن (۱۳۷۱). حقوق مدني، تهران: كتابفروشي اسلاميه.
۴. ايزانلو، محسن؛ عباسي حصوري، مهدي؛ شعباني كندسري، هادي (۱۳۹۱). انتقال قراردادي عقد در فقه اماميه، آموزه‌های فقه مدني، دانشگاه علوم اسلامي رضوي، شماره ۵.
۵. بحراني، شيخ يوسف (بي تا). الحدائق الناظره في احكام العتره الطاهره، بي جا: بي نا.
۶. حكيم، سيد محسن (۱۴۰۶ق). مستمسك العروه الوثقي، قم: كتابخانه آيت الله مرعشي.
۷. _____ (۱۴۰۰ق). مختصر منهاج الصالحين، التعليق عليه، السيد محمد باقر الصدر، لبنان/ بيروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۸. حلبي، الحسن بن يوسف بن مطهر (۱۴۱۶ق). مختلف الشيعه في احكام الشريعه، الطبعة الاولى، قم: مركز الابحاث و الدراسات الاسلاميه.
۹. خامنه‌اي، سيد علي (۱۴۱۶ق). اجوبه لاستفتائات، بيروت: دارالحق.
۱۰. خميني، روح الله (۱۳۹۲). استفتائات، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني.
۱۱. خويي، سيد ابوالقاسم (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحين، قم: نشر مدينه العلم.
۱۲. سروش، ابوذر (۱۳۸۷). اوراق مشاركت رهني ايزاري نوين در تأمين مالي بانكها، فصلنامه اقتصاد اسلامي، شماره ۲۹: ۱۶۳ - ۱۸۸.
۱۳. سلاجقه، منصور (۱۳۷۳). انتقال طلب و آثار آن، پايان نامه كارشناسي ارشد، دانشگاه شهيد بهشتي.
۱۴. الحسيني سيستاني، السيد علي (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحين، قم: مكتبه آيه الله السيستاني.
۱۵. شرييني، محمد بن احمد (۱۳۵۲). مغني المحتاج الي معرفه معاني الفاظ المنهاج، قاهره: شركه مكتبه مصطفى البابي الحلبي و اولاده بمصر.

۱۶. شهید اول، محمدبن مکی العاملی (۱۴۱۲ق). *الدروس الشرعیه*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۷. شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۰۳ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، تعلیق السید محمد کلانتر، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۱۸. شهیدی، سید مهدی (۱۳۷۳). *سقوط تعهدات*، تهران: انتشارات مجد.
۱۹. _____ (۱۳۷۷). *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: نشر حقوقدان.
۲۰. صفایی، سید حسین (۱۳۵۱). *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
۲۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم یزدی (۱۴۰۹ق). *العروه الوثقی*، بیروت: مؤسسه الاعملى للمطبوعات.
۲۲. طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیه*، چ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه.
۲۳. _____ (۱۴۰۷ق). *الخلاف*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. عاملی، سیدمحمد جواد (بی تا). *مفتاح الكرامه فی شرح القواعد العلامه*، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *قواعد عمومی قراردادها*، چ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۶. _____ (۱۳۸۶). *نظریه عمومی تعهدات*، تهران: نشر میزان.
۲۷. _____ (۱۳۹۱). *دوره عقود معین*، جلد ۱، چ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۸. الکرکی، علی بن الحسین (محقق ثانی) (۱۴۰۳ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
۲۹. جعفری لنگرودی، جعفر (۱۳۸۸). *دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران: گنج دانش.
۳۰. محقق حلی (۱۴۲۱ق). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، بیروت: مؤسسه الوفاء.
۳۱. مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱ق). *فقه الامام الصادق (ع)*، چ دوم، قم: انصاریان.

۳۲. مشایخ، شهناز؛ عابدی، زهرا؛ طبقیان، فراز (۱۳۸۷). *بحران مالی آمریکا و پیامدهای آن*، مجله حسابرس، شماره ۴۳.
۳۳. مولودی، محمد (۱۳۸۳). *قائم مقام خاص متعاقبین*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۴: ۲۱۹ تا ۲۴۰.
۳۴. نجفی، محمد حسن (بی تا). *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، الطبعة السابعة، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۳۵. وحید خراسانی، حسین (۱۳۸۸). *توضیح المسائل*، قم: انتشارات مدرسه باقرالعلوم.
۳۶. ولویون، رضا (۱۳۸۲). *حق موضوع بیع*، مجله پژوهش حقوق، شماره ۹.
۳۷. یزدانیان، علیرضا؛ بزرگمهر، داوود (۱۳۹۰). *بررسی فقهی حقوقی طرق انتقال ارادی طلب با نگاهی تطبیقی به حقوق فرانسه*، مجله علمی - پژوهشی حقوق خصوصی، دوره هشتم، شماره اول.
38. Charles J, Johnson Jr, Joseph McLaughlin. (2006). *Corporate Finance and the Securities Laws*, Wolters Kluwer law & business Publishers, NewYork.
39. Fabozzi, Frank J.; Modigliani, Franco (1992). *Mortgage and Mortgage-backed securities Markets*, Harvard Business School Press.
40. Malaurie, Philippe, Aynes, Laurent, Stoffel-Munck, Philippe (2007). *Droit civil. Les obligations*, 3 é.éd, Editions juridiques associées, Défrenois.