

دسترس



دانشگاه مذهب اسلام

نام موسسه

نام دانشکده / پژوهشکده

پایان نامه کارشناسی ارشد

رشته فقه مقارن و حقوق خصوصی اسلامی

اوراق مشارکت در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران

استاد راهنما

دکتر مهدی رهبر

استاد مشاور

دکتر افتخار دانشپور

نگارش

محمد دالوند

مهرماه ۱۳۹۸

بِسْمِ تَعَالَى

دانشگاه مذاهب اسلامی



تعهدنامه اصالت پایان نامه / رساله

اینجانب محمد دالوند دانشجوی رشته فقه مقارن و حقوق خصوصی اسلامی مقطع تحصیلی کارشناسی ارشد بدین وسیله اصالت کلیه مطالب موجود در مباحث مطروحه در پایان نامه / رساله تحصیلی خود، با عنوان اوراق مشارکت در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران را تأیید کرده، اعلام می‌نمایم که تمامی محتوی آن حاصل مطالعه، پژوهش و تدوین خودم بوده و به هیچ وجه رونویسی از پایان نامه و یا هیچ اثر یا منبع دیگری، اعم از داخلی و خارجی نبوده و هر گونه بهره‌گیری از منابع، در پاورقی و منابع و ماخذ بیان گردیده است. تعهد می‌نمایم در صورت اثبات عدم اصالت آن و یا احراز عدم صحت مفاد آن در هر مرحله از مراحل منتهی به فارغ‌التحصیلی و یا پس از آن و یا تحصیل در مقاطع دیگر و یا اشتغال دانشگاه حق دارد ضمن رد پایان نامه نسبت به ابطال مدرک تحصیلی مربوطه اقدام نماید. مضافاً اینکه کلیه مسئولیت‌ها و پیامدهای قانونی و یا خسارت وارده از هر حیث متوجه اینجانب می‌باشد.

محمد دالوند

امضاء و تاریخ

باسمه تعالی

صور تجلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد / رساله دکتری		 <p>دانشگاه آزاد اسلامی</p>		
نام و نام خانوادگی دانش آموخته: محمد دالوند	تاریخ:/...../۱۳.....			
رایانه شخصی:	شماره ملی:			
عنوان: « اوراق مشارکت در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران »				
رشته تحصیلی: فقه مقارن و حقوق خصوصی اسلامی		گرایش:		
<p>هیئت داوران پس شنیدن گزارش، دفاعیه دانشجوی و نحوه پاسخ به پرسشها، درجه و نمره نهایی آن را به شرح ذیل اعلام کرد:</p> <p>رساله مورد قبول می باشد. <input type="checkbox"/> رساله با اصلاحات مورد قبول می باشد. <input type="checkbox"/> رساله مورد قبول نمی باشد. <input type="checkbox"/></p>				
نمره نهایی رساله:	به عدد	به حروف		
.....	درجه رساله:		
سمت	نام و نام خانوادگی وابستگی سازمانی (پژوهشگاه/دانشگاه/)	مرتبه علمی	شماره ملی رایانامه سازمانی	امضا
استاد راهنما	دکتر مهدی رهبر		
استاد راهنمای دوم	
استاد مشاور	دکتر افتخار دانشپور		
استاد مشاور	
استاد داور	
استاد داور	
استاد داور	
تأیید ناظر مؤسسه	نام و نام خانوادگی	سمت	امضا	
	

تقديم

اختياري

سپاسگزاری

اختیاری

چکیده:

اوراق مشارکت، اوراقی است که جهت جمع‌آوری سرمایه عمومی و انجام امور مختلف عمرانی، ساخت، صنعتی و ... استفاده می‌شود. این اوراق جایگزین اوراق قرضه محسوب می‌شود. از منظر فقهی باید گفت که برخی از فقها ایراداتی بر این عقد وارد نموده‌اند که شاید اصلی‌ترین ایرادات وارده تضمین سود و تضمین اصل سرمایه باشد. برای حل این مشکل سعی شده تا با پرداخت سود علی الحساب و استفاده از موسسات مالی واسطه؛ مشکل حل شود، بدین صورت که یک موسسه وجوه را به وکالت از صاحبان اوراق مشارکت (خریداران) در نزد استفاده‌کنندگان (مجریان طرح) سرمایه‌گذاری می‌نماید. لیکن چون این موسسه نسبت به قرارداد مشارکت ثالث محسوب می‌شود، می‌تواند داوطلبانه سرمایه را برای سرمایه‌گذاران تضمین نماید؛ بدین صورت که مجری طرح متعهد شود در صورت ضرردهی طرح، ضرر وارده را برای موسسه (در نهایت دارندگان اوراق) جبران نماید. هر چند در پذیرش این راهکار باید احتیاط کرد لیکن در حال حاضر از همین راه جهت تشویق عمومی به خرید اوراق استفاده می‌شود. روش مورد استفاده در پژوهش، روش توصیفی-تحلیلی می‌باشد. تحقیقی که انجام شد به بررسی اوراق مشارکت در فقه و قانون ایران پرداخت، هدف از انجام این تحقیق تبیین نظریات مختلف در فقه امامیه و مذاهب اربعه پیرامون اوراق مشارکت و همچنین تبیین ماهیت و جایگاه حقوقی این اوراق است.

کلمات کلیدی: اوراق بهادار، اوراق مشارکت، صکوک، ربا، شرکت.

۱۱	فصل اول: کلیات و مفاهیم تحقیق
۱۱	۱-۱. مقدمه
۱۲	۲-۱. تبیین مسئله
۱۳	۳-۱. سوال های تحقیق
۱۳	۴-۱. فرضیات تحقیق
۱۳	۵-۱. پیشینه تحقیق
۱۶	۶-۱. اهداف و ضرورت انجام تحقیق
۱۶	۷-۱. روش تحقیق
۱۷	۸-۱. ساماندهی تحقیق
۱۷	۹-۱. تبیین مفاهیم
۱۸	۱-۹-۱. مفهوم اوراق مشارکت
۱۹	۲-۹-۱. مفهوم اوراق بهادار
۲۰	۳-۹-۱. مفهوم ربا
۲۲	۴-۹-۱. مفهوم صکوک
۲۴	۵-۹-۱. اوراق قرضه
۲۴	۱۰-۱. تاریخچه
۲۴	۱-۱۰-۱. در ایران
۲۶	۲-۱۰-۱. در کشورهای اسلامی
۲۸	۱۱-۱. الزامات معاملات
۲۸	۱-۱۱-۱. پایبندی به تعهدات
۳۰	۲-۱۱-۱. حرام بودن رباخواری
۳۳	۳-۱۱-۱. حرمت اکل مال به باطل
۳۵	۴-۱۱-۱. نفی ضرر ناروا
۳۸	۵-۱۱-۱. نفی معاملات غرری
۴۰	فصل دوم: بررسی اوراق مشارکت در فقه امامیه و مذاهب اسلامی
۴۰	۱-۲. تضمین اصل سرمایه
۴۰	۱-۱-۲. ربا و حکم آن از منظر اهل سنت و امامیه
۴۷	۲-۱-۲. راهکار ارائه شده جهت مشمول ربا نبودن
۴۹	۲-۲. تضمین سوددهی و میزان آن
۵۰	۱-۲-۲. نحوه تقسیم از نظر امامیه
۵۳	۲-۲-۲. نحوه تقسیم از نظر اهل سنت
۵۴	۳-۲. پرداخت سود دوره‌ای از منظر امامیه و اهل سنت

۵۴	۱-۳-۲. پیش از سوددهی طرح
۵۵	۲-۳-۲. بعد از سوددهی طرح
۵۶	۳-۳-۲. ضرر کرد طرح
۵۸	۴-۲. فروش مجدد اوراق
۵۹	۱-۴-۲. دین از منظر امامیه و اهل سنت
۶۱	۲-۴-۲. فروش به مدیون (مصدق با خرید اوراق مشارکت)
۶۲	۳-۴-۲. فروش به غیر مدیون (معامله اوراق بین افراد)
۶۴	۴-۴-۲. تبانی در با خرید اوراق
۶۸	۵-۲. پرداخت سود علی الحساب
۶۹	۱-۵-۲. در صورت تفسیر بر مبنای عقد مشارکت
۷۳	۲-۵-۲. در صورت تفسیر بر مبنای عقد قرض
۷۷	۶-۲. تمدید در سررسید
۷۷	۱-۶-۲. اعتبار فقهی تمدید در سررسید
۷۹	۲-۶-۲. اوراق مشارکت تمدیدپذیر
۸۱	فصل سوم: بررسی حقوقی اوراق مشارکت
۸۱	۱-۳. بایسته‌های انتشار اوراق مشارکت
۸۱	۱-۱-۳. مداخله بانک مرکزی
۸۲	۲-۱-۳. مشخص بودن مبلغ و مدت
۸۳	۲-۳. ارکان مشارکت
۸۳	۱-۲-۳. ناشر اوراق
۸۳	۲-۲-۳. موضوع مشارکت
۸۴	۳-۲-۳. بانک عامل
۸۴	۴-۲-۳. امین
۸۵	۳-۳. بررسی امکان تمدید در سررسید
۸۶	۱-۳-۳. ماهیت عمل حقوقی تمدید
۸۷	۲-۳-۳. روش‌های تمدید
۸۸	۴-۳. اوراق مصون از تورم
۸۹	۱-۴-۳. مزایا
۹۰	۲-۴-۳. روش‌های اجرایی
۹۱	۱-۲-۴-۳. استفاده از سود شناور
۹۳	۲-۲-۴-۳. استفاده از تکنیک اختیار فروش
۹۳	۳-۲-۴-۳. استفاده از اختیار فروش و اختیار خرید
۹۴	۵-۳. نهادهای حقوقی مشابه

۹۴	۱-۵-۳. موارد افتراق اوراق مشارکت و اوراق قرضه
۹۶	۲-۵-۳. تفاوت اوراق مشارکت و اوراق قرضه
۹۶	۱-۲-۵-۳. جایز بودن استرداد مبلغ
۹۷	۲-۲-۵-۳. نحوه سوددهی
۹۹	۳-۲-۵-۳. عدم امکان انتقال سرمایه بین طرح‌های مختلف
۱۰۱	۳-۵-۳. ماهیت حقوقی اوراق مشارکت (وکالت)
۱۰۲	۳-۵-۳. ماهیت حقوقی اوراق مشارکت (شرکت)
۱۰۶	نتیجه‌گیری و پیشنهادها
۱۰۶	نتیجه‌گیری
۱۰۷	پیشنهادها
۱۰۸	منابع و ماخذ

فصل اول: کلیات و مفاهیم تحقیق

۱-۱. مقدمه

با نگاهی به بازارهای اقتصادی، متوجه وابستگی کارکرد این بازارها به علم حقوق و نظم ایجاد شده بواسطه آن می‌شویم. حقوق اقتصادی بوجود آورنده انواع ابزارهای مالی می‌باشد که هر کدام کارکرد ویژه‌ی خود را دارند. از زمره‌ی این ابزارها، اوراق مشارکت می‌باشد. لیکن اوراق مشارکت، نوع اصلاح شده‌ی اوراق دیگری به نام اوراق قرضه است. در یک بیان کلی وظیفه و کارکرد تمام این اوراق؛ جمع‌آوری سرمایه جهت انجام امور اقتصادی، وام‌دهی و ... است.

علی‌رغم سابقه طولانی کشورها در انتشار اوراق قرضه، قدمت انتشار این اوراق در ایران به سال ۱۳۲۰ باز می‌گردد. در این سال، دولت وقت برای اولین بار، دست به انتشار اسناد خزانه زد. اسناد خزانه، اسناد بی‌نامی است که خزانه داری کل برای تأمین احتیاجات خزانه و در سررسیدهای کوتاه مدت منتشر می‌کرد. متعاقب آن و در فواصل زمانی متفاوت، اوراق قرضه مختلفی با اسامی اوراق قرضه ملی، دفاعی، کشاورزی و ... منتشر گردید. بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قانون عملیات بانکداری بدون ربا و اجرای آن از اول سال ۱۳۶۳ و مطرح نمودن موضوع ممنوعیت شرعی فروش اوراق قرضه به بخش خصوصی، اوراق قرضه متعلق به افراد و بخش خصوصی در سررسید، توسط بانک مرکزی بازپرداخت گردید. در نتیجه، اوراق قرضه، فقط در اختیار سیستم بانکی و تعدادی از مؤسسات دولتی قرار گرفت. اوراق مشارکت همان اوراق قرضه است که مطابق قانون بانکداری اسلامی منتشر می‌شود. ماهیت حقوقی اوراق مشارکت بر پایه عقد مشارکت مدنی، قابل تحلیل است. در نظام مشارکت که انواعی دارد، صاحب پس‌انداز به جای دادن قرض و گرفتن بهره، کل یا بخشی از سرمایه مورد نیاز مؤسسه اقتصادی را تأمین می‌کند و بر اساس توافق با کارفرما، در سود و زیان آن شریک می‌شود و در پایان هر دوره مالی، پس از کسر هزینه‌ها، سود به دست آمده بر حسب نسبت‌هایی که در قرارداد توافق شده، بین صاحب سرمایه و عامل اقتصادی (کارفرما) تقسیم می‌شود.

از سوی دیگر، این نظام می‌تواند به صورت مستقیم و با مشارکت صاحبان سرمایه شکل گیرد و همچنین می‌تواند از طریق واسطه‌های مالی چون بانک‌های عمومی، تخصصی و شرکت‌های تأمین سرمایه نیز سازمان‌دهی شود. اوراق مشارکت معمولاً

سودهای متغیری را موجب می‌شوند و از آن جا که بر مبنای مضاربه یا شراکت هستند، سود معینی را ضمانت نمی‌کنند. بنابراین با توجه به تعریف اوراق مشارکت و استفاده از سود علی‌الحساب به جای سود قطعی، به نظر می‌رسد اوراق مشارکت، مشکل شرعی اوراق قرضه را نداشته باشد.

باید توجه به داشت که این ظاهری است که برای اوراق مشارکت تعریف گردیده است و در واقع آنچه نگارنده را به انجام این تحقیق علاقمند نموده؛ شبهات فقهی و مشکلات حقوقی است که بر سر راه استفاده از این اوراق وجود دارد. از زمره‌ی آنها می‌توان به این اشاره نمود که ناشر اوراق مشارکت معمولاً مبلغی یا درصدی را بعنوان سود قطعی و مبلغی را بعنوان سود علی‌الحساب قرار می‌دهد که تکلیف آن از نظر فقه شیعه و مذاهب روشن نیست، ثانیاً برخی مواقع سرمایه‌گذاری در اوراق مشارکت بیشتر شبیه به قرض به فرض به نظر می‌رسد و تحلیل ماهیت فقهی آنچه که واقعاً اتفاق می‌افتد مدنظر این تحقیق است. ثالثاً مشاهده می‌شود که اوراق مشارکت پیش از مالیت پیدا کردن و حتی پیش از شروع پروژه‌ای که برای آن اوراق مشارکت فروخته شده است معامله یا باز خرید می‌گردند (خرید دین) و حکم این قضیه نیز روشن نیست. لذا بررسی فقهی و حقوقی این اوراق در فقه شیعه و مذاهب مدنظر نگارنده می‌باشد.

۱-۲. تبیین مسئله

بسیاری از شرکت‌ها که نیازمند سرمایه‌های کلانی جهت انجام موضوع شرکت می‌باشند؛ باید این سرمایه را از بخش عمومی تامین نمایند. این تامین سرمایه در کشورهای غربی بوسیله انتشار اوراق قرضه صورت می‌گیرد. لیکن در نظام‌های مبتنی بر شریعت اسلام، اوراق قرضه بععل مختلفی، از جمله زیادت در برگشت پول بصورت تضمین شده از مصادیق معاملات ربوی و حرام شمرده می‌شود. لذا ابزاری مالی - حقوقی به نام صکوک (صکوک به معنای سند و سفته) جایگزین آن شده است. ابزار مالی صکوک که به صورت اوراق بهادار قابل معامله و تملک می‌باشند؛ در کالبد عقود معین شرعی اعم از اجاره، مشارکت استصناع و ... در کشورهای اسلامی مورد استفاده واقع می‌گردند.

اوراق مشارکت از جمله اوراق بهاداری است که بر اساس قرارداد شرکت منتشر می‌شود. ناشر این اوراق با واگذاری اوراق به سرمایه‌گذاران، وجوه آنها را جمع‌آوری کرده و جهت ایراد طرح‌ها و پروژه‌های عمرانی به کار می‌گیرد. مدیر عملیات می‌تواند متعهد شود که در صورت ورود خسارت به اصل سرمایه دارندگان اوراق، خسارت وارده را از اموال خود جبران کند. دارندگان اوراق به عنوان شریک در ایجاد پروژه محسوب می‌شوند و تا وقتی که در ضمن قرارداد امتیاز خاصی

لحاظ نشده باشد به نسبت سهم خود در سود و زیان شریک خواهند بود. دارندگان اوراق می توانند اوراق خود را در زمان نیاز به سرمایه بفروشند و به سرمایه خود دست پیدا کنند، این امر از نظر فقها اشکالی ندارد.

۳-۱. سوال های تحقیق

۱-۳-۱ سوالات اصلی

۱- استفاده از اوراق مشارکت از منظر فقه اسلامی چه حکمی دارد؟

۲- استفاده از اوراق مشارکت از منظر قوانین موضوعه ایران چه حکمی دارد؟

۱-۳-۲ سوال فرعی

۱- موارد افتراق اوراق مشارکت و قرضه کدامند؟

۴-۱. فرضیات تحقیق

۱-۴-۱ فرضیه های اصلی

۱- به نظر می رسد در صورتی که اوراق مشارکت به طور واقعی و نه فقط به طور ظاهری بر مبنای عقد مشارکت منتشر

گردد از لحاظ فقهی ایرادی بر آن وارد نیست.

۲- به نظر می رسد در حال حاضر در حقوق ایران انتشار اوراق مشارکت کاملاً قانونی باشد و با توجه به خلاء اوراق قرضه

این اوراق توانسته است جایگزین مناسبی جهت کسب سرمایه باشد.

۱-۴-۲ فرضیه فرعی

۱- اصلی ترین تفاوت اوراق مشارکت با اوراق قرضه ابتداء اوراق مشارکت بر عقد مشارکت و ابتداء اوراق قرضه بر عقد

قرض باشد و همانطور که در موازین فقهی آمده است شرط زیاده در عقد قرض حرام می باشد.

۵-۱. پیشینه تحقیق

۱- پاک نیت، محمدجواد، ۱۳۹۱، ریسک های صکوک اجاره و مدیریت آن، مجله تازه های اقتصاد، شماره ۱۳۶. به نظر

می رسد در صکوک اجاره به دلیل آنکه ارکان مختلفی درگیر فرایند انتشار این اوراق و مباحث مرتبط هستند، ریسک های

گوناگونی به وجود می آید که هر یک نیازهای مدیریت ریسک خاص خود را می طلبد. به علت ثابت بودن اجاره بهای اوراق

اجاره، افزایش نرخ سود علی الحساب اوراق مشارکت یا سود سپرده های بانکی (به دلیل تصمیمات سیاستی بانک مرکزی)،

سبب می شود دارندگان اوراق با ریسک سود و هزینه فرصت سرمایه گذاری روبه رو شوند و در صورتی که صکوک اجاره

بازار ثانویه داشته باشند، ممکن است ارزش بازاری اوراق کاهش یابد. به منظور پوشش این نوع ریسک، لازم است در ابتدای انتشار صکوک اجاره و در زمانی که قراردادها بین نهادهای مختلف در حال تنظیم است، به مسئله ورشکستگی ارکان مختلف صکوک اجاره توجه شده و تدابیر قانونی مشخصی برای حل این مشکل در نظر گرفته شود. با توجه به مباحث مطرح شده می‌توان به نکات ذیل اشاره نمود: الف- شناسایی و مدیریت ریسک در صکوک اجاره از اهمیت بسیار زیادی برخوردار بوده و از به وجود آمدن مشکلات و بحران‌های احتمالی در بازار پول و سرمایه کشور در آینده جلوگیری می‌کند. ب- در صورتی مدیریت ریسک صحیحی روی صکوک اجاره صورت پذیرد، جذابیت این ابزار مالی اسلامی برای مسلمانان دو چندان شده و حتی احتمال ورود غیر مسلمان به چنین بازارهایی بیش از پیش خواهد شد.

۲- سلامی، غلامرضا، ۱۳۷۴، اوراق مشارکت و قانون، مجله حسابدار، شماره ۱۱۲. به نظر محقق این اثر اوراق مشارکت فعلی به هیچ وجه شانس شرکت در بازار سرمایه را نخواهد داشت چه رسد به آنکه رونق‌دهنده آن باشد زیرا ضابطه قانونی برای انتشار اوراق مشارکت وجود ندارد و ضوابط تهیه شده توسط بانک مرکزی از استحکام لازم برخوردار نیست و بیش از آنکه به مقوله اوراق مشارکت از جنبه‌های اقتصادی، مالی و حقوقی توجه کند به حل مشکل چند ساله خود با شهرداری در مورد جذب سرمایه‌های مردم برای اجرای پروژه‌های این نهاد پرداخته است. مثلاً اگر قرار باشد مقررات مالیاتی فعلی در مورد اوراق مشارکت به کار گرفته شود تا زمانی که سود این اوراق نزدیک به دو برابر سود سپرده‌های مدت‌دار برای مدت مشابه نباشد هیچ سرمایه‌گذار بالقوه‌ای نیت خود را به فعل تبدیل نخواهد کرد زیرا محلی برای جبران مالیات کسر شده وجود ندارد، ضمن آنکه سود متناسب با از دست دادن فرصت تبدیل به نقد فوری وجود نخواهد داشت. و اما قانون مالیاتهای مستقیم سال ۱۳۴۵ در بند ۴ ماده ۱۱۶ بهره متعلق به اوراق قرضه دولتی و اسناد خزانه و در متن همین ماده، سود حاصل از خرید و فروش این اوراق را از مالیات معاف دانسته بود ولی با آنکه در سال ۱۳۴۷ قانون تجارت امکان انتشار اوراق قرضه توسط شرکتهای سهامی عام را فراهم ساخت با این حال در آن سال و سالهای بعد هیچ اصلاحیه‌ای برای معاف دانستن یا تعدیل مالیات اوراق قرضه بخش خصوصی به تصویب نرسید و شاید یکی از دلایل عدم استقبال شرکتهای سهامی عام از انتشار اوراق قرضه همین موضوع مالیات بوده باشد.

۳- پرتابیان، لیلا، ۱۳۹۵، تاثیر اوراق مشارکت در اقتصاد، مجله پژوهشهای جدید در مدیریت و حسابداری، سال دوم، شماره ۴. شرایط اقتصادی پیچیده و در حال تغییر امروزه چنین اقتضای می‌نماید تا بنگاه‌های اقتصادی دائماً بدنبال روشهای نوین تامین مالی و متنوع تر نمودن پرتفوی خود باشند. از سوی دیگر نیز در طرحهای بزرگ که تامین مالی قابل توجهی را

می طلبند، موسسات اعتباری حاضر به پذیرش ریسک ناشی از سرمایه گذاری در این طرحها که بخش عمده ای از منابع آنان را مصروف خواهد داشت نمی باشند، بنا به این شرایط و ضرورتها و در نظر گرفتن شرایط اقتصاد اسلامی که ایجاب می نماید راهکارهایی فراتر از روشهای تامین مالی موجود در اقتصاد ربوی ابداع و بکار گرفته شود، اقتصاددانان و فعالان بخش اعتباری بدنبال راهکارهایی برای رفع این معضل بوده اند. بسیاری از این راهکارها و ابزارها چیز بدیع و جدیدی نبوده و پیشینه ای به قدمت تاریخ اسلام یا فراتر از آن نیز داشته اند که با بروز رسانی آنها و انطباق با شرایط روز می توان به نحو شایسته ای از آنها استفاده نمود. با توجه به اینکه کشور ایران نیز در زمره کشورهای مسلمان بوده، بویژه پس از پیروزی انقلاب شکوهمند اسلامی سعی در برقراری اقتصاد اسلامی و جستجو برای ایجاد ابزارهایی منطبق با موازین اسلامی بوده است، نقطه آغاز رسمی این موضوع حذف بانکداری ربوی و تصویب قانون بانکداری بدون ربا در سال ۱۳۶۲ است. یکی از ابزارهای راهگشا در سنوات اخیر، انتشار اوراق مشارکت است که میتواند منبع تامین مالی مناسبی برای بنگاهها و ابزار سرمایه گذاری خوبی برای صاحبان سرمایه باشد. از سوی دیگر فروش اوراق مشارکت دولتی به عنوان یک ابزار و سیاست پولی انقباضی، گزینه و راهکاری برای جمع آوری هرچه بیشتر نقدینگی موجود و هدایت آن به سمت تولید می باشد. مقاله پیش رو ضمن بررسی تاریخچه اوراق مشارکت در ایران، به بررسی نقش و اهمیت این اوراق در اقتصاد کشور، مشکلات، مقررات و سایر موارد مرتبط به این موضوع می پردازد.

۴- صادقی فدکی، عبدالله، ۱۳۸۸، مقایسه سهام با اوراق مشارکت در شرکت های سهامی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبائی. در این پایان نامه آمده است به دنبال غیرشرعی اعلام شدن اوراق قرضه، اوراق مشارکت وارد سیستم حقوقی ایران شد. براساس قانون، شرکت های سهامی می توانند به انتشار سهام و اوراق مشارکت اقدام نمایند. میان این دو ورقه بهادار تفاوت های بسیاری از حیث ماهیت، کارکرد و آثار حقوقی و اقتصادی وجود دارد. سهام بر پایه عقد شرکت قابل تعریف است؛ اما پیمان موجود در اوراق مشارکت، آمیخته ای از عقود شرکت، مضاربه، وکالت و صلح بوده و بر همین اساس باید گفت که این اوراق یکی از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی می باشد. اوراق مشارکت و سهام از حیث شیوه انتقال، قابلیت وثیقه گذاری و بازخرید و حقوق دارندگان آنها در اقامه دعوی علیه شرکت یا مدیران آن با یکدیگر شباهت دارند. با این حال مهم ترین تفاوتی که میان این دو وجود دارد این است که، برخلاف سهامداران، دارندگان اوراق مشارکت شریک شرکت سهامی محسوب نشده و تنها حق دریافت سود تضمین شده را دارند. ضمن آن که میان سود سهام و سود اوراق مشارکت از لحاظ ماهیت، آثار و نحوه تقسیم تفاوت های بنیادینی وجود دارد. دارندگان اوراق مشارکت در سود و زیان فعالیت های

شرکت سهامی نیستند. همچنین آنها از حق عضویت در شرکت، حق رأی، حق حضور در مجامع عمومی، حق مشارکت در اداره شرکت و بسیاری حقوق دیگر محرومند. در مقابل، آنها در قبال فعالیت شرکت هیچ مسئولیتی نداشته و در هر صورتی مستحق دریافت سود تضمین شده خواهند بود و از این حیث طلبکار شرکت قلمداد می‌شوند. با این تفاسیر باید گفت وجوه افتراق میان اوراق مشارکت و سهام به مراتب بیش از آن است که بتوان آنها را دارای ماهیت مشابه تلقی نمود. همان‌گونه که این اوراق را نمی‌توان نوعی اوراق قرضه تصور کرد. اوراق مشارکت نوعی اوراق بهادار جدید و دارای ماهیت متفاوت از اوراق بهادار سنتی بوده که قابل انطباق بر سهام نمی‌باشد.

همانطور که ملاحظه می‌گردد، اکثر تحقیقات پیشین موضوع اوراق مشارکت را از دیدگاه اقتصادی بررسی نموده‌اند. لیکن در این تحقیق قصد بررسی موضوع از دیدگاه فقه اسلامی و حقوقی را داریم.

۱-۶. اهداف و ضرورت انجام تحقیق

۱- تبیین و تطبیق اوراق مشارکت از دیدگاه حقوق داخلی و فقه مذاهب

۲- بررسی حدود نزدیکی اوراق مشارکت به عقد شرکت

۳- بررسی حدود کارایی اوراق مشارکت از حیث برطرف نمودن خلاء ممنوعیت اوراق قرضه

۱-۷. روش تحقیق

روش تحقیق مورد استفاده توصیفی - تحلیلی می‌باشد و این تحقیق از روش‌های متداول جهت تحقیقات نظری بهره می‌برد و دانش موجود را با دریافت اطلاعات از منابع مربوطه دسته‌بندی و ارائه می‌نماید.

روش گردآوری از نوع کتابخانه‌ای با استفاده از بانک‌های اطلاعاتی، و تفحص در سایت‌های اینترنتی و مقالات و همچنین کتب مرجع و معتبری که در این زمینه به رشته تحریر در آمده است.

ابزار گردآوری شامل کتب مرجع و قوانین جاری با روش فیش‌برداری است.

روش تجزیه و تحلیل اطلاعات نیز در این پایان‌نامه بر مبنای توصیف و تحلیل می‌باشد اصولاً در علم حقوق از روش

کمی و مطالعه آماری استفاده نشده در این پایان‌نامه با استنباط و نقد و بررسی مواد قانونی راجع به موضوع از روش کیفی استفاده خواهیم کرد.

۸-۱. ساماندهی تحقیق

تحقیق حاضر دارای سه فصل می‌باشد:

فصل اول: این فصل شامل بیان کلیات و همچنین بررسی مفاهیم و مبانی نظری تحقیق است. در توجیح وجودی این فصل باید گفت که اکثر تحقیقات نظری برای آشنایی بیشتر خواننده اثر معمولاً فصلی را به تبیین مقدماتی از این دست اختصاص می‌دهند در فصل مورد بحث در این تحقیق پس از تبیین مساله، سوالات پژوهش و همچنین فرضیات مطرح گردیده است. در این فصل روش تحقیق نیز به بحث و بررسی گذارده شده است. سپس با تبیین قسمت مفاهیم سعی در ایجاد آشنایی مختصری با کلمات پیچیده و پر تکرار تحقیق همچون اوراق مشارکت، اوراق بهادار، ربا و صکوک داریم. قسمت مختصری نیز به بیان تاریخچه اختصاص یافته است. در نهایت مبانی نظری تحقیق که مبتنی بر فقه اسلامی است مورد توجه قرار گرفته است.

فصل دوم: در این فصل به بررسی فقهی اوراق مشارکت پرداخته شده و موارد مورد ابهام و شک از دو منظر یعنی فقه امامیه و مذاهب اربعه مورد مطالعه قرار گرفته است. علت وجودی این فصل آن است که در عنوان این تحقیق بخشی از پژوهش را به بررسی فقه اسلامی و احکام آن در مورد اوراق مشارکت اختصاص داده‌ایم. مهمترین دغدغه‌های این فصل مطرح نمودن احکامی همچون سود تضمین شده، نحوه تقسیم سود، محدوده پرداخت سود، فروش مجدد اوراق و بازخرید آن می‌باشد.

فصل سوم: از آنجاییکه که اوراق مشارکت یک تاسیس حقوقی می‌باشد که قواعد و قوانین آن طی مفاد قانون تجارت و دیگر قوانین خاص اعمال می‌گردد لذا فصل سوم این تحقیق به بررسی اوراق مشارکت در بعد حقوقی و قانونی اختصاص دارد. همچنین حقوقدانان اوراق مشارکت را بر مبنای عقود همچون شرکت، وکالت، قرض، اوراق قرضه، سهام و ... تبیین و تفسیر می‌نمایند که هر کدام از آنها در این فصل مورد بررسی و تفحص قرار گرفته‌اند.

۹-۱. تبیین مفاهیم

در اغلب تحقیقات نظری، بخشی به نام مفهوم‌شناسی وجود دارد که طی آن می‌توان مفاهیم کاربردی را تعریف و تبیین نمود، لذا این قسمت به مفاهیم تحقیق اختصاص داده شده است.

۱-۹-۱. اوراق مشارکت

کلمه اوراق جمع ورقه می‌باشد و کلمه مشارکت جمع کلمه شرکت است. شرکت در معنای فقهی آن بیشتر به عنوان امتزاج حقوق افراد مختلف در نظر گرفته می‌شود. از نظر حقوقی، اوراق مشارکت در قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت مصوب سال ۱۳۷۶ و آیین‌نامه اجرایی آن تعریف شده است (موسویان ۱۳۹۰، ۵۴).

ماده ۲ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت مصوب ۱۳۷۶/۶/۳۰ مجلس شورای اسلامی، مقرر می‌دارد:

«اوراق مشارکت، اوراق بهادار با نام یا بی‌نامی است که به موجب این قانون به قیمت اسمی مشخص برای مدت معین منتشر می‌شود و به سرمایه‌گذارانی که قصد مشارکت در اجرای طرح‌های موضوع ماده ۱ را دارند، واگذار می‌گردد. دارندگان این اوراق به نسبت قیمت اسمی و مدت زمان مشارکت در سود حاصل از اجرای طرح مربوط شریک خواهند بود.»

همچنین ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور در پاراگراف دوم، اوراق مشارکت را به شرح ذیل تعریف نموده است:

«اوراق مشارکت، اوراق بهادار بانام یا بی‌نامی است که به موجب قانون یا مجوز بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به قیمت اسمی مشخص برای مدت معین و برای تامین بخشی از منابع مالی مورد نیاز طرح‌های عمرانی - انتفاعی دولت، مندرج در قوانین بودجه سالانه کشور یا برای تامین منابع مالی مورد نیاز جهت ایجاد، تکمیل و توسعه طرح‌های سودآور تولیدی، ساختمانی و خدماتی شامل منابع مالی لازم برای تهیه مواد اولیه مورد نیاز واحدهای تولیدی، توسط دولت، شرکت‌های دولتی یا شهرداری‌ها و موسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و موسسات عام‌المنفعه و شرکت‌های وابسته به دستگاه‌های مذکور، شرکت‌های سهامی عام و خاص و شرکت‌های تعاونی تولیدی منتشر می‌شود و به سرمایه‌گذارانی که قصد مشارکت در اجرای طرح‌های یاد شده را دارند، از طریق عرضه عمومی واگذار می‌گردد.»

آنچه که از دقت در تعاریف مذکور در بالا فهمیده می‌شود، این است که اوراق مشارکت اسناد متحدالشکلی است که مبین میزان و مدت مشارکت دارندگان آن با ناشر در طرح مشخص می‌باشد و ماهیت رابطه دارندگان آن با ناشر، شرکت مدنی می‌باشد و براساس اجازه قانون و یا مجوز بانک مرکزی منتشر می‌شود (موسویان ۱۳۹۰، ۱۱). تعریف مذکور سایر اوراق را که، حاکی از مشارکت دو طرف می‌باشد، ولی بر اساس اجازه قانون و یا مجوز بانک مرکزی منتشر نمی‌شود و صرفاً در رابطه دو طرف تنظیم می‌شود، در بر نمی‌گیرد و حقوق و امتیازات مذکور در قانون فوق‌الذکر فقط، برای اوراقی در نظر گرفته شده است که دارای شرایط مذکور در قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت باشد. هر چند که قانونگذار در تعریف

اوراق مشارکت، رابطه دارنده و ناشر را شرکت دانسته، ولی همانگونه که در بررسی ماهیت حقوقی اوراق مشارکت خواهیم دید با در نظر گرفتن سایر مقررات موجود در قانون فوق‌الذکر نمی‌توان آن را با قالب شناخته شده شرکت مدنی یا تجاری توجیه نمود.

در حقوق فرانسه از سال ۱۹۶۶ تاکنون با وضع قوانین جدید، اوراق مشارکت به اوراق بهادار اضافه شده است. اوراق مشارکت - که در قانون ژانویه ۱۹۸۳ ذکر شده است - ماهیتی نظیر اوراق قرضه دارد؛ با این تفاوت که منافع اوراق قرضه به خود ورقه متصل است و به صورتی معین پرداخت می‌شود در حالی که در اوراق مشارکت، قسمتی از منفعت صاحب ورقه به سود شرکت بستگی دارد و اگر شرکت سود نداشته باشد، به صاحب ورقه نیز منفعتی نخواهد رسید، بجز آن قسمت از منفعت که مانند اوراق قرضه باید به طور معین به صاحب ورقه پرداخت شود، که از منفعت اوراق قرضه کمتر است (اسکینی ۱۳۷۷، ۶۱-۶۲).

اوراق مشارکت قابل انتشار در نظام حقوقی ایران هم در واقع، ماهیتی نظیر همین اوراق مشارکت در حقوق فرانسه دارند بدین صورت که یک سود علی‌الحساب قبل از محاسبه سود به دارنده اوراق پرداخت می‌شود و در صورت داشتن سود اضافی، به نسبت اوراق مشارکت متعلق به وی از سود اضافی سهم خواهد بود که این اضافه سود متغیر خواهد بود.

۱-۹-۲. اوراق بهادار

در نظام حقوقی ایران، اوراق بهادار تعریف نشده است؛ ولی در بند ۲ ماده ۱ قانون تاسیس بورس اوراق بهادار دو نوع اوراق بهادار معرفی شده است. به موجب این بند، اوراق بهادار عبارت است از: «سهام شرکت‌های سهامی و اوراق قرضه صادر شده از طرف شرکت‌ها و شهرداری‌ها و موسسات وابسته به دولت و خزانه‌داری کل، که قابل معامله و نقل و انتقال باشند». با تصویب قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت در سال ۱۳۷۶، این اوراق هم در ردیف اوراق بهادار قرار گرفت. برخی صاحب نظران اوراق بهادار را به شرح ذیل تعریف نموده است: «اوراق بهادار عبارتند از اوراقی که نماینده مشارکت در موسسه یا قرضه طویل‌مدتی بوده و قابل معامله می‌باشند» (ستوده‌تهرانی ۱۳۷۶، ۱۶۵).

اوراق بهادار هر چند که خودش مال نیست، ولی نماینده مال به حساب می‌آید و این اوراق نه تنها معرف حق هستند بلکه، این حق با سند توأم شده و خود سند دارای ارزش مخصوصی می‌باشد به طوری که، اوراق بهادار به طور مستقل، صرف نظر از حقی که معرف آن هستند، مال منقول به حساب می‌آیند و چون مالیت داشته و سند مالی تلقی می‌شوند، ممکن است به رهن گذاشته شود و یا منافع آن مورد معامله قرار بگیرد (ستوده‌تهرانی ۱۳۷۶، ۱۶۶).

«با ترقی و توسعه صنعت و تجارت و تاسیس شرکت‌ها و موسسات دولتی و غیردولتی برای امور اقتصادی و لزوم تجمع سرمایه‌های مختلف و امید بردن نفع بیشتر برای سرمایه‌داران، از اواخر قرن نوزدهم میلادی انتشار اوراق بهادار، فوق‌العاده رواج گرفت و در ممالک اروپایی و امریکایی بیشتر پس‌انداز مردم به صورت اوراق بهادار آمده است. اوراق بهادار، علاوه بر این که سهل‌المعامله می‌باشند، ممکن است در وجه حامل بوده و صاحب آن مشخص نباشد و به این ترتیب دارایی مخفی را تشکیل می‌دهد که از لحاظ مالیاتی پنهان می‌ماند. ولی ممکن است در مواقع بحران اقتصادی ارزش این اوراق یک مرتبه تنزل فاحش بنماید». اوراق مشارکت هم، به دلیل این که یک نوع اوراق بهادار می‌باشد، نمی‌تواند از این مقررات مستثنی باشد و در واقع همه خصوصیات اوراق بهادار را دارا می‌باشد و در بورس اوراق بهادار هم مورد معامله قرار می‌گیرد و به همین دلایل، در صورت وجود ابهام در مقررات قانونی آن، می‌توان از مقررات ناظر بر سایر اوراق بهادار از جمله اوراق قرضه و سهام، برای تشخیص و تبیین نظام حقوقی آن، بهره گرفت.

۱-۹-۳. ربا

ریشه اصلی کلمه «ربا» که در قرآن کریم به کار رفته «ربو» است که به معنای لغوی «برآمدن» است.

«ربا» اسم مصدر و در لغت به معنای زیادت و فزونی و فضل است اسم فاعل آن را رابی و مؤنت آن رابیه و اسم تفضیل آن

أربی می‌باشد (فیروزآبادی ۱۴۱۰ق، ۷۸).

در قرآن کریم نیز ربا به معنای زیاد شدن و زیاد بودن آمده است چنان که در سوره حج چنین آمده است: «فَإِذَا انزَلْنَا عَلَيْهَا

الْمَاءَ اهْتَرَّتْ وَرَبَّتْ»؛ پس چون آب بر آن‌ها نازل کنیم رشد می‌کنند و زیاد می‌شوند (سوره حج، ۵) و در سوره نحل آمده

است: «أَنْ تَوْنَ أُمَّهَ هِيَ أَرْبِي مِنْ أُمَّه»؛ برای این که گروهی بیشتر از گروهی می‌باشند (سوره نحل، ۹۳).

و یا «فَاحْتَمَلُ السَّيْلُ زَبَدًا رَابِيًا»؛ سیل، کفر را با خود برآورد (سوره رعد، ۱۷).

کلمات اهل لغت پیرامون واژه «ربا»:

الف: راغب اصفهانی می‌گوید: ربا در لغت دارای دو معنا می‌باشد:

۱- زیادی

۲- علو و برتری

که ایشان برای هر دو معنا از آیات قرآن شاهد آورده‌اند (راغب اصفهانی بی تا، ۲۸۷).

در مورد معنی اول: «يَمْحَقُ اللَّهُ الرَّبَا وَيُرِي الصَّدَقَاتِ»؛ خداوند ربا را پایمال و صدقات را زیادت می‌دهد و می‌رویانند. (بقره، ۲۷۶).

در مورد معنی دوم: «فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَّتْ»؛ پس چون آب را بر آن‌ها نازل کنیم رشد می‌کنند. (حج، ۵).
ب: صاحب مقائیس اللغه می‌گوید: ربا به دو صورت آمده «ربا» و «رباء» و هر دو یک معنی دارد و آن زیادی و نمو و علو است (ابن فارس ۱۳۶۲، ۴۸۲).

د: مولف لسان العرب (از کتاب‌های لغت که گسترده و فراگیر است) در این باره می‌گوید: ربا به معنی زیادی و نمو است (ابن منظور ۱۴۰۸، ۱۵۸). بعضی از ادبای عرب «نمو و رشد» را هم جزئی از معنی «ربا» دانسته‌اند؛ بنابراین معنی ربا، فزونی توام با رشد است: که این معنی سوم با سوره حج آیه ۵ سازگارتر است و «تربیت» را هم بدین جهت تربیت می‌گویند که فزونی در انسان به وجود می‌آید و انسان «علو و رشد» پیدا می‌کند.

تعریف اصطلاحی ربا: خلاصه این که از مجموع آن چه در ربا آمده نتیجه‌گیری می‌شود که ربا در لغت عرب دارای سه معنی: زیادی، علو و نمو.

شیخ بهائی در تعریف ربا می‌گوید: دو متاع مساوی را که قابل کیل و وزن باشند با اضافه یکی بر دیگری به یکدیگر فروختن را ربا می‌گویند.

صاحب جواهر می‌گوید:

«وَأَكْسَرَ الْمُرَادُ مِنَ الرَّبَا الْمُحَرَّمَ مُطْلَقًا لِلزِّيَادَةِ لَمَا هُوَ مَعْنَاهُ لُغَةً، بَلِ الْمُرَادُ بِهِ كَمَا فِي الْمَسَالِكِ وَغَيْرِهِ، بَيْعُ أَحَدِ الْمُتَمَانِينَ... أَوْ اقْتِرَاضِ أَحَدُهُمَا مَعَ الزِّيَادَةِ».

مراد از ربای هر زیاده‌ای نیست، آن طوری که معنای لغوی آن است، بلکه همان گونه که در مسالک و غیر آن آمده ربا عبارت است از فروختن (معاوضه) جنس به جنس مثل خودش یا قرض دادن که یکی از دو جنس با زیادی همراه باشد. به عبارت دیگر فروختن جنسی که عرفاً، شرعاً با کیل و وزن معامله شود به جنسی مثل آن با زیاده‌ای حقیقی یا حکمی در یکی از آن دو جنس ... یا قرض دادن یک جنس به دیگری به شرط زیادت (نجفی ۱۴۰۱ق، ۴۴۸).

شهید ثانی در مسالك الافهام مورد ربا می‌فرمایند:

«المتجانسان اذا قدرا بالكيل او الوزن و زاد احدهما على الاخر قدراً و لویكون موجلاً» (شهید ثانی ۱۴۱۴ق، ۷۳)؛ مورد ربا دو مال هم جنس است به شرط آن که با پیمانانه یا وزن کردن معین گردد و مقدار یکی از آن دو از دیگری بیشتر باشد، حتی اگر این زیادی ناشی از مدت‌دار بودن یکی از آن دو باشد.

برخی اندیشمندان که از علمای اهل تسنن هستند، می‌گویند: «فَهُوَ زِيَادَةٌ أَحَدُ الْبَدَلَيْنِ الْمُتَجَانِسَيْنِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُقَابَلَ هَذِهِ الزِّيَادَةُ عَوَضٌ» (الجزیری ۱۴۲۷ق، ۲۴۵)؛ ربا زیادی یکی از بدلین متجانسین است بدون این که در مقابل این زیادت عوضی باشد.

صاحب کتاب ترمینولوژی می‌گوید: بیع جنس به هم جنس مانند گندم به گندم در مکیل یا موزون به شرط زیادی و اضافه گرفتن یا قرض دادن به شرط اضافه گرفتن، بیع مذکور را بیع ربوی و قرض مذکور را قرض ربوی گویند (جعفری‌لنگرودی ۱۳۶۷، ۳۲۷).

۱-۹-۴. صکوک

در تعریف لغوی صکوک جمع کلمه عربی صک می‌باشد که آن هم معرب واژه‌ی چک در زبان فارسی است. در اوراق قرضه ناشر تنها متعهد می‌شود اصل و فرع این اوراق را در زمان سررسید به دارندگان آن پرداخت کند و در مقابل قرض دهندگان نیز هیچ دخالتی در چگونگی فعالیت قرض گیرندگان نداشته و در شرایط رکود و رونق با اطمینان کامل بازدهی حاصل از نرخ بهره را دریافت می‌دارند.

یکی از ابزارهای مناسبی که می‌تواند جایگزین خوبی برای اوراق قرضه باشد؛ صکوک است. صکوک دارای بازده ثابت به اضافه سهمی از سود یا زیان ناشی از سرمایه‌گذاری است که درصد سود و زیان می‌تواند ثابت یا شناور باشد. به این ترتیب، بازده صکوک مقدار ثابتی نیست و بر حسب ارزش واقعی محاسبه می‌شود. صکوک اوراق بهادار اسلامی است که با درگیر کردن یک دارایی مشخص فیزیکی منطبق با قانون بانکداری اسلامی و بدون ربا است.

سازمان حسابداری و حسابرسی نهادهای مالی اسلامی، صکوک را اینگونه تعریف کرده است: «گواهی‌هایی با ارزش اسمی یکسان که پس از اتمام عملیات پذیرهنویسی، بیانگر پرداخت مبلغ اسمی مندرج در آن توسط خریدار به ناشر است و دارنده‌ی آن مالک یک یا مجموعه‌ای از دارایی‌ها، منافع حاصل از دارایی و یا ذینفع یک پروژه یا یک فعالیت سرمایه‌گذاری خاص می‌شود» (حدادی ۱۳۹۰، ۶۳).

به طور کلی به اوراق بهادار اسلامی انتفاعی با هدف تأمین مالی «صکوک» گفته می‌شود. اوراق بهادار اسلامی را می‌توان از ابعاد مختلفی دسته‌بندی کرد:

* بر اساس ترکیب عقود مختلف در طراحی اوراق بهادار اسلامی، می‌توان آنها را به ۱۲ نوع تقسیم‌بندی کرد که شامل اوراق اجاره، مشارکت، سفارش ساخت (استصناع)، خرید دین (اوراق رهنی)، مرابحه (فروش اقساطی)، سلف، جعاله، مساقات، مضاربه، مزارعه، وقف و قرض الحسنه می‌باشد.

* تقسیم‌بندی دیگر بر اساس بازدهی اوراق بهادار اسلامی (صکوک) است. اوراق بهادار اسلامی را می‌توان به صورت زیر تقسیم‌بندی کرد:

۱- اوراق بهادار با بازدهی ثابت

۲- اوراق بهادار با بازدهی متغیر

۳- اوراق بهادار قابل تبدیل

* تقسیم‌بندی دیگری نیز توسط آیت الله تسخیری ارائه شده است. بر اساس این تقسیم‌بندی می‌توان ابزارهای مالی را با توجه به بازدهی اوراق بهادار اسلامی و نوع قرارداد منعقد شده برای آن و با توجه به دارایی پایه به صورت زیر تقسیم نمود:

۱- اوراق مبتنی بر خرید و فروش دین (مانند اوراق سفارش ساخت، اوراق مرابحه)

۲- اوراق مبتنی بر خرید و فروش دارایی فیزیکی (اوراق اجاره)

۳- اوراق مبتنی بر مشارکت در سود طرح اقتصادی (اوراق مشارکت، مضاربه، مزارعه و مساقات) (تسخیری ۱۳۸۶، ۵۲).

* به نظر می‌رسد تقسیم‌بندی ابزارهای مالی در قالب زیر از تقسیم‌بندی‌های صورت گرفته کامل‌تر و مناسب‌تر باشد. زیرا اوراق بهادار را هم از حیث اوراق بهادار با هدف سوددهی و هم از حیث اوراق بهادار با هدف غیرانتفاعی جمع‌بندی نموده است. این تقسیم‌بندی مبتنی بر هدف سرمایه‌گذار ایجاد شده است:

۱- اوراق بهادار غیرانتفاعی (اوراق وقف و اوراق قرض الحسنه)

۲- اوراق بهادار انتفاعی

۲-۱ با درآمد ثابت (اوراق اجاره، اوراق مرابحه، اوراق سلف، اوراق سفارش ساخت (استصناع) و اوراق رهنی)

۲-۲ با درآمد متغیر (به اوراق مشارکت، اوراق مضاربه، اوراق مساقات و اوراق مزارعه)

۳-۲ قابل تبدیل (ابوذر ۱۳۹۰، ۳۱).

۱-۹-۵ اوراق قرضه

اصطلاح «قرضه» در اقتصاد، بیانگر قراردادی است که انتشاردهنده آن سند، متعهد می‌شود تا در ازای قرض یا بدهی، مبلغی به صاحب آن سند بعد از گذشت مدت مشخص و تحقق شرایط پردازد اوراق قرضه، اوراقی است که به موجب آن وام گیرنده (منتشرکننده اوراق) تعهد می‌کند اصل بدهی را در تاریخ سررسید مشخص (برخلاف سهام عادی و سهام ممتاز که سررسید معینی ندارند) بازپرداخت نماید و همچنین بهره تعیین شده را در فواصل معین پرداخت نماید. این اوراق حق مالکیت بر شرکت به وجود نمی‌آورد، بنابراین از سود سهام پرداختی (یا زیان احتمالی) سهمی نمی‌برند. خریدار قرضه می‌تواند آن را به دیگری بفروشد، در این صورت خریدار جدید، از شرکت صادرکننده قرضه طلبکار خواهد بود. مثلاً شرکتی احتیاج به ده میلیارد تومان پول دارد و چون اخذ وام از بانک‌ها با چنین مبلغی دشوار است، شرکت‌های سهامی اوراق قرضه منتشر و از مردم مبلغ مورد نیازشان را قرض می‌گیرند (اسکینی ۱۳۷۷، ۶۱). ماده ۲ قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه مصوب ۱۳۴۸ نیز در تعریف اوراق قرضه می‌گوید «اوراق قرضه، اوراق بی‌نام یا بانامی است که برای تأمین قسمتی از اعتبارات مورد نیاز برنامه‌های عمرانی یا دفاعی انتشار می‌یابد».

۱-۱۰-۱ تاریخچه اوراق مشارکت

اوراق مشارکت که نوع تغییر یافته‌ی اوراق قرضه می‌باشد، دارای سابقه‌ای حدود ۸۰ سال می‌باشد که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱۰-۱-۱ در ایران

در ایران با حذف اوراق قرضه پس از انقلاب اسلامی، نهاد نوینی به نام اوراق مشارکت طراحی و منتشر شد. این مفهوم نخستین بار به موجب قانون برنامه پنج ساله دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۷۳ در پهنه نظام حقوقی ایران پدیدار گشت (پاسبان ۱۳۸۹، ۲۲۹) اولین تعریف قانونی از اوراق مشارکت در تبصره ۸۵ قانون مذکور آمده است. به موجب این تبصره وزارت مسکن و شهرسازی (سازمان ملی زمین و مسکن) اجازه یافت مبادرت به صدور اوراق مشارکت کند. قسمت ب تبصره فوق مقرر می‌کند که: «اوراق مشارکت اوراق بهاداری است که به قیمت اسمی مشخص منتشر می‌شود و به سرمایه‌گذارانی که قصد مشارکت در اجرای طرح‌های زیربنایی، تولیدی و ساختمانی را دارند، به

فروش می‌رسد. خریداران این اوراق به نسبت قیمت اسمی در سود حاصل از اجرای طرح(های) مزبور شریک خواهند شد». (تبصره ۸۵ قانون برنامه توسعه مصوب ۱۳۷۳/۹/۲۰).

قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت (مصوب ۱۳۷۶/۶/۳۰) که همان تعریف تبصره ۸۵ قانون برنامه دوم توسعه را برای اوراق موضوع خود می‌آورد، دو توضیح به آن اضافه می‌کند. به موجب ماده ۲ این قانون «اوراق مزبور می‌توانند با نام یا بی‌نام باشند و برای مدت معینی منتشر می‌شوند» همین معنی در مواد ۱ و ۲ آیین‌نامه‌ای اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت (مصوب ۱۳۷۷/۵/۱۸) تکرار می‌شود.

برخلاف قانون برنامه دوم توسعه که انتشار اوراق مشارکت را تنها برای وزارت مسکن در نظر گرفته بود، قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت مصوب ۱۳۷۶/۶/۳۰ و آیین‌نامه اجرایی آن، شرکت‌های سهامی را نیز مجاز به انتشار این اوراق می‌کند، اما در عمل شرکت‌های سهامی اجازه انتشار این اوراق را پیدا نمی‌کنند، مگر با تصویب قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور و اصلاح ماده ۱۱۳ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران» (مصوب ۱۳۸۲/۵/۲۶) ماده ۱۷ این قانون انتشار اوراق مشارکت را تنها برای شرکت‌های پذیرفته در بورس و با مجوز بورس اوراق بهادار پذیرفته است. آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۷ قانون اخیر الذکر، با وجود تعریف این اوراق در قانون عام نحوه انتشار اوراق مشارکت، لازم دیده است مجدداً اوراق مشارکت را تعریف کند: «اوراق مشارکت: اوراق بهادار با نامی است که با مجوز بورس به قیمت اسمی مشخص برای مدت معین جهت تأمین بخشی از منابع مالی مورد نیاز طرح‌های نوسازی و توسعه شرکت‌های پذیرفته در بورس منتشر می‌شود» (بند د از ماده ۱ آیین‌نامه) «دارندگان اوراق مشارکت به نسبت قیمت اسمی و در طی مدت زمان مشارکت در مجموعه منافع حاصل از اجرای طرح‌های مربوط سهم خواهند بود» (ماده ۵ آیین‌نامه).

برخلاف بورس‌های فعال جهان که انواع متنوعی از ابزارهای قابل معامله وجود دارد، در بورس ایران فقط اوراق سهام شرکت‌ها و اوراق مشارکت مبادله می‌شوند. به همین دلیل در راستای تنوع بخشی به بورس دو قانون به تصویب رسید. ابتدا در سال ۱۳۸۴ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران به ایجاد زیرساخت‌هایی نظیر شورای عالی بورس، سازمان بورس، حسابرسی، شرکت‌های سرمایه‌گذاری و... پرداخت که خود مقدمه تصویب قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید در سال ۱۳۸۸ به جهت تسهیل اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم قانون اساسی شد. این قانون با تأسیس «نهاد واسطه» و دادن تخفیفات مالیاتی به بعضی شرکت‌های فعال در بورس درصدد توسعه ابزارهای مالی برآمد. در این دو قانون هیچ‌ذکری از ابزارهای مالی اسلامی (صکوک) به میان نیامده و فقط در بند د ماده ۱ قانون اخیر آمده: «نهاد واسطه یکی از نهادهای مالی

موضوع قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران است که می‌تواند با انجام معاملات موضوع عقود اسلامی نسبت به تأمین مالی از طریق انتشار اوراق بهادار اقدام نماید». و مطابق بند ۱۳ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار به کارگیری ابزار جدید به پیشنهاد سازمان بورس و تصویب شورای عالی بورس می‌باشد که با مشورت کمیته فقهی و حقوقی سازمان، اقدام به نشر اوراق مالی جدید (صکوک) کند. (کاشانی ۱۳۸۷، ۹۵) در شهریور ماه سال ۱۳۹۱ اولین نوع از صکوک اجاره که متعلق به شرکت هواپیمایی ماهان بود در بازار اوراق بهادار عرضه شد که با استقبال خوبی مواجه شد و نشان داد با استفاده از سازوکارهای حقوقی می‌توان به طراحی ابزارها و نهادهای جدید حقوقی پرداخت که ضمن برخورداری از استقبال عموم و فراهم کردن موجبات شکوفایی اقتصاد کشور، عاری از نواهی شرعی باشد.

۱-۱۰-۲. در کشورهای اسلامی

نخستین کوشش‌ها برای غالب شدن بر مسأله نقدینگی که بانک‌های اسلامی با آن روبرو بودند، به وسیله بانک مرکزی مالزی در ۱۹۸۳ م و بعد از آن انجام شد که اولین بانک اسلامی مالزی آغاز به کار نمود. این بانک از اوراق بهادار دولتی یا سندهای خزانه که سود می‌پرداختند استفاده نکرد و اوراق بدون سودی با عنوان گواهی سرمایه‌گذاری دولتی بر مبنای مفهوم اسلامی قرض بدون بهره استفاده نمود. اوراق سرمایه‌گذاری دولتی به موجب مفهوم قرض الحسنه و بیانگر بدهی بانک اسلامی مالزی به دولت بود. نرخ سود از قبل معین شده ای برای این اوراق نبود، زیرا نرخ بازدهی آنها به وسیله دولت و به تشخیص آن مطرح می‌شد. کمیته‌ای با عنوان کمیته سود تقسیمی، مرکب از وزارت امور مالی، بانک مرکزی، واحد برنامه‌ریزی اقتصادی و بخش امور مذهبی دفتر نخست وزیری، برای اعلام منظم نرخ‌ها معین شد. این اوراق نمی‌توانست در بازار ثانویه (بورس اوراق بهادار) خرید و فروش شود. در نتیجه مبنای این اوراق در سال ۱۹۹۲ م از قرض الحسنه به بیع‌العینه تغییر کرد تا این اوراق قابلیت معامله در بازار دست دوم را پیدا کند. تفکیک و ممیزی سهام سازگار با شریعت به صورت متمرکز توسط انجمن مشاوره شریعت وابسته به کمیسیون بورس اوراق بهادار مالزی صورت می‌گیرد. فهرستی از سهام مجاز توسط این انجمن دو بار در سال انتشار می‌یابد. معیارهای تفکیک عمدتاً مبتنی بر فعالیت و درآمد هستند و هیچ تفکیک مبتنی بر بدهی یا نقدینگی مورد استفاده قرار نمی‌گیرد (سلمان ۱۳۸۶، ۳۳).

رابطه ثابتی برای تعیین نرخ بازدهی وجود نداشت، بلکه تأکید بر ملاحظات کیفی به جای صرفاً ملاحظات کمی طرح شده بود. برای معین کردن نرخ بازدهی، معیارهای گوناگونی مثل شرایط کلان اقتصادی، نرخ تورم و نرخ بازدهی دیگر اوراق بهادار مشابه مورد توجه بود. دولت مالزی در ۱۹۹۲ م اوراق صکوک به مقدار ۶۰۰ میلیون دلار در بازارهای بین‌المللی منتشر

کرد. شرکت ملی رهن مالزی برنامه تازه‌ای برای خرید اوراق بدهی اسلامی در ۲۰۰۱ م مطرح کرد، که این برنامه و تأسیس صندوق‌های مشترک سرمایه‌گذاری اسلامی مبنی بر سرمایه‌گذاری‌های صکوک نوآوری مالزی در استفاده از ابزارهای مالی اسلامی نو بودند. (سلمان ۱۳۸۶، ۳۳). پیش از نشر نخستین صکوک جهانی به وسیله مالزی در سال ۲۰۰۱ میلادی، مؤسسه پولی بحرین برای نخستین بار در منطقه کشورهای خلیج فارس در سال ۲۰۰۱ م، اسناد دولتی بر طبق قوانین اسلامی انتشار داد. ارزش این اسناد ۲۵ میلیون دلار آمریکا، به صورت اوراق ۳ ماهه و با نام اوراق صکوک سلم بود. این اوراق یک نرخ بازدهی ثابت ۳/۹۵ درصدی داشت که مبنی بر نرخ سود نبود. همه ارزش پرتفوی صکوک که تا پیش از ۲۰۰۳ م به وسیله بحرین اداره می‌شد، ۱ میلیارد دلار آمریکا بود. در ۲۰۰۲ م در بحرین، مرکز اسلامی مدیریت نقدینگی ساخته شد. مؤسسان این مرکز، مرکز مالی کویت، بانک اسلامی دبی و بانک اسلامی بحرین، هر کدام با سرمایه ۵ میلیون دلار آمریکا بودند. این مرکز دارایی‌های مشروع را از دولت‌ها، نهادهای مالی و شرکت‌ها خریداری و سپس اوراق بهادار صکوک با دارا بودن قابلیت معامله و بر میزان ارزش دارایی‌های پایه منتشر می‌کرد. در ۲۰۰۲ م، دولت مالزی اقدام به انتشار گواهی امین به مبلغ ۶۰۰ میلیون دلار کرد که سررسید آنها در ۲۰۰۷ م بود. هر کدام از این گواهی‌های امین نشان دهنده مالک بودن مشاع دارایی‌ها، در قطعات زمین بود. وجوه بدست آمده از منتشر کردن، در ساخت طرح‌هایی مثل بیمارستان و مجتمع‌های دولتی استفاده می‌شود. چهارچوب صکوک مالزی مانند چهارچوب صکوک قطر است. یک شرکت ناشر (SPV)^۱ تأسیس می‌شود که زمین را از دولت مالزی می‌خرد و بعد آن را به دولت اجاره می‌دهد. در هنگام سررسید اوراق، دولت مالزی این اوراق را به مبلغ اسمی بازخرد می‌نماید. پرداخت قیمت اجاره بها به وسیله دولت مالزی ضمانت شده است. این اوراق به وسیله مؤسسه (Moody) و (S&P) ارزشیابی و رتبه‌بندی می‌شود. بانک توسعه اسلامی در ۲۰۰۳ م صکوک مرکب به ارزش ۴۰۰ میلیون دلار با سررسید سال ۲۰۰۸ م انتشار داد. هر صکوک نشان دهنده سهم مشاع دارنده آن در دارایی‌های امین بود که به وسیله مؤسسه‌ای امین حفظ می‌شد. این مؤسسه امین تنها برای کمک به اجرای شیوه منتشر کردن صکوک ساخته شد. دارندگان اوراق صکوک شایستگی دریافت جنبش‌های نقدی به دست آمده از دارایی‌های امین بودند. این دارایی‌ها از راه ترکیب قراردادهای اجاره، مرابحه و استصناع ایجاد شدند و نرخ بازدهی آنها ۳/۶۲۵٪ است.

^۱ در فارسی ترجمه‌های گوناگونی از Special Purpose Vehicle شده که در برخی از کتاب‌ها به شرکت ناقل و در اینجا شرکت واسط استفاده می‌گردد.

ارزش بازار اوراق صکوک در جهان تا نوامبر ۲۰۰۶ م بیشتر از ۴۵ میلیارد دلار بود که ۶۸ درصد در پشتیبانی از قسمت خصوصی انتشار یافته است. کشورهای انگلیس، آمریکا، آلمان و ژاپن برای اخذ منابع مالی مسلمانان معتقد، اوراق بهادار صکوک را منتشر کردند. امارات برای فاز دوم فرودگاه دبی ۳/۵ میلیارد دلار اوراق صکوک انتشار داد که در حال حاضر بیشترین حجم اوراق بهادار در دنیا را دارد. با در نظر گرفتن این که بالاترین اوراق قرضه فروخته شده برای پروژه‌های گوناگون در کشور آمریکا ۱/۵ میلیارد دلار می‌باشد، فروش ۳/۵ میلیارد دلار اوراق بهادار صکوک برای تأمین مالی فرودگاه دبی بیانگر بالا بودن میزان توانایی اوراق صکوک در تأمین مالی است. دولت‌ها تقریباً ۱۰ میلیارد دلار و شرکت‌ها حدود ۵۱ میلیارد دلار صکوک بین‌المللی انتشار داده‌اند و فقط در نیمه اول ۲۰۰۷ م، شرکت‌ها ۱۱ میلیارد دلار از این اوراق منتشر نمود. رشد نشر اوراق صکوک در چند سال قبل طوری بود که کمتر از ۸ میلیارد دلار در سال ۲۰۰۳ م به بیش از ۵۰ میلیارد دلار در اواسط سال ۲۰۰۷ م رسیده است. (سلمان ۱۳۸۶، ۱۰۵).

۱۱-۱. الزامات معاملات

با توجه به آنکه بازار اقتصادی کشورمان به تبع آن اوراق بهادار، با تکیه بر ابزارهای مالی اسلامی و بر مبنای اقتصاد اسلامی استوار گردیده است. بنابراین مبنای معاملات اوراق مشارکت نیز همان مبانی اسلامی خواهد بود که در این قسمت به شرح مرتبط‌ترین آنها پرداخت می‌شود.

۱۱-۱-۱. پایبندی به تعهدات

از مبانی مهمی که بر نظام مالی حاکم بوده و در شکل‌گیری آن نقش اساسی دارد، اصل ایفای به عهد می‌باشد. اسلام برای اجرای کامل تعهدات، اهمیت خاصی تأمل شده است. خداوند در قرآن به وجوب وفای به عهد تأکید کرده و در برخی آیات به طور صریح به این مطلب اشاره می‌کند. به بیان برخی از مستندات مربوط با این اصل پرداخته و در پایان حیطه آن را مشخص می‌کنیم.

«ای اهل ایمان، هر عهدی (که با خدا و خلق) بستید، به عهد و پیمان خود وفا کنید» (مائده، ۱).

چون با خدا، رسول و بندگان خدا عهد بستید، به آن وفا کنید و هرگز سوگند و پیمان را که مؤکد و استوار کردید،

نشکنید، چرا که خداوند را بر خود ناظر و گواه گرفته‌اید و خدا به هر چه می‌کنید آگاه است» (نحل، ۹۱).

امام صادق (ع) فرمودند: «مومنین باید به شروط خود وفا کنند» (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۱۶). این حدیث از نظر معنا بر این امر دلالت می‌کند که مسلمانان باید به آنچه ملتزم شده‌اند وفادار باشند و طبق التزامشان عمل کنند.

از نظر فقها منظور از عقود در آیه «اوفوا بالعقود» در مقابل ایقاعات و احکام و عبادات می‌باشد اما لغویین و برخی مفسرین می‌گویند: «منظور از عقود در آیه عهود موثق است» و حقیقت این است که دایره وفای به عهد را نباید به آنچه فقها گفته‌اند محدود کرد بلکه با توجه به اینکه «العقود» جمع محلی به «الف» و «لام» است و مفید عموم می‌باشد بهتر است این کلمه حمل شود به هر چیزی که عنوان عقد بر آن صدق می‌کند و گفته شود منظور از عقد، هر عقد موثق است چه آن عهد از طرف خدا باشد و پیمانی باشد که خداوند از بندگانش می‌گیرد مثل امر به ایمان به خدا و روز قیامت، یا آن عهد از سوی بندهای با خدا باشد مثل نذر و عهد، یا عهد میان انسان‌ها با یکدیگر باشد مثل خرید و فروش. به این ترتیب آیه مذکور تمام پیمان‌های الهی، انسانی، پیمان‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، تجاری و مانند آن را شامل می‌شود و مفهومی کاملاً وسیع دارد که تمام جوانب زندگی انسان را در برمی‌گیرد (طباطبایی ۱۳۹۴، ۱۶۸).

بنابر آنچه گفته شد هر عهد موثقی لازم الوفاء است و باید به آن عمل شود، از طرفی عهد می‌تواند میان انسان‌ها با یکدیگر برقرار شود که در این صورت بین طرفین برای انجام موضوعی یا عدم انجام آن توافق صورت می‌گیرد، در نتیجه متعهد در خصوص ایفاء یا عدم ایفاء آنچه توافق شده ملزم و مکلف است و هرگاه برخلاف توافق عمل کند، ضامن خواهد بود. البته باید توجه داشت که قرارداد منعقدہ وقتی معتبر بوده و برای طرفین ایجاد تعهد می‌کند که مخالف شرع و قانون نباشد، در غیر اینصورت لزوم وفای به آن ساقط می‌گردد (صالح‌آبادی ۱۳۸۵، ۱۸-۱۹).

بنابراین فعالان اقتصادی و حاضران در بازار کار، باید هرگونه تعهد شرعی و انسانی که در قرارداد مطرح می‌شود به نحو کامل و جامع انجام دهند. عمل به مفاد قرارداد و تعهدات ضمنی آن تأثیر زیادی در سالم‌سازی روابط اجتماعی و حقوقی افراد دارد و باعث می‌شود طرفین قرارداد با آرامش و اطمینان از تحقق خواسته‌های پذیرفته شده و لزوم عمل به آن، به کار خود ادامه دهند. پابندی افراد به ایفاء تعهداتشان، در روند نظام مالی تأثیر بسزایی داشته و باعث کاهش هزینه‌های تولید می‌گردد، به علاوه باعث از بین رفتن نگرانی دو طرف تا پایان قرارداد و انجام برنامه‌ریزی مناسب برای تولید، نیز می‌شود (رضایی ۱۳۸۴، ۶۸).

بنابراین می‌توان تحلیل نمود که اوراق مشارکت از این حیث که در عملیات عمرانی و تولیدی موثر می‌باشد و منافع آن منافع ملی محسوب می‌شود، می‌تواند از زمره عقود الزام‌آور محسوب شود.

۱-۱۱-۲. حرام بودن رباخواری

مهمترین و شاخص‌ترین تفاوت نظام مالی اسلامی با سایر نظام‌های مالی، ممنوعیت ربا از دیدگاه اسلام می‌باشد. با وجود این که ربا و بهره در تار و پود اقتصاد متعارف حضور دارد و در همه ابعاد اقتصاد سرمایه‌داری از جمله اوراق قرضه، سپرده‌ها، وام‌ها و کارت‌های اعتباری جریان پیدا می‌کند ولی اسلام به شدت از آن نهی کرده و آن را از گناهان کبیره شمرده است.

حرمت ربا و مستند بودن آن به قرآن، سنت و اجماع مورد اتفاق همه مسلمانان می‌باشد، به طوری که در طول تاریخ کسی در آن تردید نکرده است. امام خمینی (ره) در این زمینه می‌فرماید: «حرمت ربا به وسیله قرآن، سنت و اجماع مسلمین ثابت می‌باشد، بلکه بعید نیست که حرمت ربا از ضروریات دین باشد» (موسوی خمینی ۱۴۲۵ق، ۴۹۲).

به نظر می‌رسد شناخت تعریف اصطلاحی ربا و موارد آن و ذکر برخی از مستندات ضروری است، به همین دلیل به طور مختصر به بیا آن‌ها می‌پردازیم.

از نظر فقها «ربا» بر دو گونه است در معامله و ربای در قرض. ربای در معامله معاوضه مالی به مال دیگر است که در مورد آن باید دو شرط وجود داشته باشد:

اول اینکه، هر دو مال هم جنس باشند. بنابراین هر چیزی که از نظر عرف به واحد بود جنس آنها حکم شود، نمی‌توان با تفاضل مورد معامله قرار داد، اگرچه در صفات و خواص با هم متفاوت باشند. شرط دیگر اینکه عوضین با پیمانانه یا وزن اندازه‌گیری شوند. ربای در قرض وقتی محقق می‌شود که قرض دهنده شرط کند که بیشتر از مقداری که داده بگیرد و فرقی نمی‌کند که مورد قرض جنسی باشد که با وزن و پیمانانه خرید و فروش می‌شود و یا اینکه با عدد خرید و فروش می‌شود (موسوی خمینی ۱۴۲۵ق، ۴۸۶-۴۸۷).

از نظر اسلام بهره تضمین شده در معاملات، دارای اشکال است. وقتی پول بین دو نفر مورد مبادله قرار می‌گیرد، هیچ کدام از طرفین نباید بدون ایجاد ارزش افزوده، منفعتی را طلب کنند. بنابراین مبادله پول به پول در قالب قرض در صورتی که واحد هر دو یکسان باشد، وقتی شرعی و قانونی است که بدون دریافت مبلغ اضافی صورت گیرد. به علاوه اینکه در قانون اسلام، درآمد وقتی معتبر و بدون اشکال است که حاصل کار، معامله، ارث، هبه یا هدیه باشد. با توجه به انحصار اعتبار درآمد در موارد مذکور، دریافت بهره تضمین شده پول قرض شده، نشان دهنده ایجاد حق مالی غیر موجه است که این حق به دلیل خروج از حیطه مباح و مجاز اسلامی، دارای اشکال شرعی است. در نظام ربوی کارکرد عملی پول اهمیتی ندارد، و بهره ثابت

پول همیشه باید پرداخت شود حتی اگر استفاده از پول در شرکت یا صنعت با زیان مواجه گردد، پرداخت چنین بهره‌ای از نظر شرع و قانون ممنوع می‌باشد (صالح‌آبادی ۱۳۸۵، ۱۵).

آیات

در قرآن آیات بسیاری در مورد ربا وجود دارد که در برخی از آنها فقط در مورد عمل رباخواری و ناپسند بودن آن صحبت شده و در برخی دیگر به طور صریح به حرمت ربا اشاره شده است. برخی از آیات وارده در مورد ربا بیان می‌شود.

- در مورد ناپسند بودن رباخواری در نزد خداوند، در قرآن چنین آمده: «وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبًّا لِيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضَعِفُونَ؛ آن سودی که به عنوان ربا پرداختید تا بر اموال مردم رباخوار بیفزایید، نزد خدا هرگز فزونی نخواهد یافت و آنچه به عنوان زکات می‌پردازید و فقط رضای خدا را می‌طلبید (مایه برکت است و) کسانی که چنین می‌کنند دارای پاداش مضاعف هستند» (روم، ۳۹).

در سوره نساء آیات ۱۶۰-۱۶۱ فِظْلَمِ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا، وَأَخَذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا؛ خداوند داستان رباخواری یهود را در ردیف جرایمی مانند ظلم، بازداشتن مردم از راه خدا و خوردن مال به ناحق که حرمتشان قطعی است، بیان می‌کند و در پایان اشاره می‌کند که عذابی دردناک در انتظارشان است. اگر چه در این سوره، رباخواری به طور صریح تحریم نشده اما هشدار داده که از ربا اجتناب شود.

از آیاتی که به طور صریح و روشن، حرمت ربا را بیان کرده و رباخواران را به گرفتاری‌های دنیوی و اخروی تهدید کرده، می‌توان به آیات زیر اشاره کرد.

- «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكِ بَأْنَهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ؛ کسانی که ربا می‌خورند روز قیامت برنمی‌خیزند مگر مانند برخاستن کسی که با وسوسه و فریب شیطان دیوانه شده است. آنها به این سبب در این عمل زشت هستند که گویند هیچ فرقی میان داد و ستد و ربا نیست و حال آنکه خداوند داد و ستد را حلال و ربا را حرام کرده است. هر کس پس از آنکه پند و اندرز کتاب خدا به او رسید از این عمل (ربا خوردن) دست کشد، خدا از گذشته او در گذرد و عاقبت کار او با خدای مهربان باشد و کسانی که (به رباخواری) باز گردند، آن اهل آتش‌اند در آن ماندگار خواهند بود» (بقره، ۲۷۵).

- «يَمْحَقُ اللَّهُ الرَّبَّاءَ وَيُرِيهِ الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ؛ خداوند سود ربا را نابود گرداند و صدقات را افزونی بخشد

و خدا هیچ ناسپاس گناهکاری را دوست نمی‌دارد» (بقره، ۲۷۶).

- «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ، فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتِغُوا

فَلَکُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تُظْلَمُونَ وَلَا تَظْلَمُونَ؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید از خدا پروا کنید و اگر مومنین، آنچه از ربا باقی

مانده است واگذارید و اگر (چنین) نکردید، بدانید خدا و رسولش، با شما پیکار خواهند کرد. و اگر توبه کنید سرمایه‌های

شما از آن خودتان است، نه ستم می‌کنید و نه ستم می‌بیند» (بقره، ۲۷۸-۲۷۹).

نتیجه اینکه خداوند با بیان آیه‌های صریح و قاطع در مورد حرمت ربا و عواقب رباخواری، رباخواری را از همان صدر

اسلام به شدت نهی کرده است و همین امر باعث شده که امروزه با وجود رواج بانکداری ربوی و نفوذ نظام سرمایه‌داری

ربوی در کشورهای اسلامی، کمتر کسی جرات نزدیک شدن به آنها را داشته باشد و مسلمین به دنبال ایجاد یک نظام مالی

اسلامی باشند.

روایات

به علت بزرگی گناه ربا و آثار فردی و اجتماعی آن، علاوه بر آیات قرآن، روایات بسیاری نیز از پیامبر اکرم (ص) و ائمه

اطهار (ع) نقل شده که به حرمت ربا و نتایج دنیوی و اخروی آن اشاره می‌کند، برخی از این روایات بیان می‌شود.

- امام صادق (ع) از پدرانش از رسول خدا (ص) نقل می‌کند که ایشان در وصیت‌شان به حضرت علی (ع) فرمودند: «یا

علی، گناه ربا هفتاد بخش است که ناچیزترین آنها مانند این است که مردی با مادر خود در مسجد الحرام زنا کند» (حرعاملی

۱۴۱۴ق، ۱۲۱).

- امام صادق (ع) فرمودند: «هر گاه خداوند هلاک قومی را اراده کند، ربا در بین آنها آشکار می‌شود» (حرعاملی ۱۴۱۴ق،

۱۲۳).

- ابی‌بکر نقل می‌کند: «به امام صادق (ع) خبر رسید که مردی ربا می‌خورد و آن را آغوز می‌نامد، حضرت فرمودند: اگر

خداوند مرا بر او مسلط کند، گردنش را می‌زنم» (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۱۲۵).

- پیامبر اکرم (ص) فرمودند: «هر کس ربا بخورد، خداوند شکمش را به آن اندازه که ربا خورده است، از آتش جهنم پر

می‌سازد و اگر مالی را از طریق ربا به دست آورده باشد، هیچ عمل نیکی را از او نپذیرد و تا زمانی که به اندازه یک قیراط از

مال ربوی در دست اوست، پیوسته خدا و فرشتگان او را لعنت کنند» (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۱۲۲).

- امام علی (ع) فرمودند: «رسول خدا (ص) ربا و فروشنده و مشتری ربا و نویسنده و دو شاهد آن را لعنت کرد» (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۱۲۷).

- هشام بن حکم می‌فرماید: امام صادق (ع) در مورد علت حرمت ربا فرمودند: «اگر ربا حلال بود، مردم تجارت و معاملات را که به آن احتیاج دارند، ترک می‌کردند، پس خداوند ربا را حرام کرد تا مردم به سوی حلال و از ربا به سوی تجارت و داد و ستد روی آورند» (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۱۲۰).

با توجه به روایات مذکور، مشخص شد که پیامبر اکرم (ص) و به تبع ایشان، امامان معصوم (ع) همیشه به مذمت ربا دادن و ربا گرفتن می‌پرداختند و سعی می‌کردند ربا را از داد و ستدهای مسلمین دور کنند. همین آیات و احادیث وارده کافی است تا مسلمانان حرمت ربا را بپذیرند و در پی بنا کردن یک نظام مالی بدون ربا باشند.

۱-۱۱-۳. حرمت اکل مال به باطل

یکی از ضوابط عمومی باب معاملات از دیدگاه اسلام، «ممنوعیت اکل مال به باطل» می‌باشد. این ضابطه عمومی علاوه بر اینکه یک ضابطه کلی حاکم بر همه قراردادها و روابط مالی است، ممکن است بر بسیاری از ضوابط عمومی دیگر نیز ناظر باشد، به عبارت دیگر برخی از ضوابط عمومی خود مصداق این ضابطه می‌باشند.

فقها برای اثبات قاعده کلی «ممنوعیت اکل مال به باطل» به آیات و روایاتی استناد کرده‌اند که به اختصار به آنها اشاره می‌شود.

آیات

به طور کلی در قرآن چهار آیه وجود دارد که ترکیب «اکل مال به باطل» در آنها استعمال شده است که عبارت اند از:

- «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ؛ مال یکدیگر را به ناحق مخورید و قسمتی از آن را (به عنوان رشوه) به قضات مدهید تا بخشی از اموال مردم را به گناه بخورید، با اینکه شما بطلان دعوی خود را می‌دانید» (بقره، ۱۸۸).

- «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، اموال یکدیگر را به باطل نخورید مگر آنکه تجارتي از روی رضا و رغبت کرده و سودی ببرید» (نسا، ۲۹).

- «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْأَحْبَارِ وَالرُّهْبَانِ لِيَأْكُلُوا أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَيَصُدُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ۗ وَالَّذِينَ يَكْنُزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، بسیاری از دانشمندان یهود و راهبان، اموال مردم را به ناروا می‌خورند و آنان را از راه خدا باز می‌دارند...» (توبه، ۳۴).

- «فَبُطِّلِم مِّنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَمًا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّت لَّهُمْ وَبِصَدَّتِهِمْ عَنِ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا، وَأَخَذَهُمُ الرَّبُّ وَقَدْ نَهَوْا عَنْهُ وَأَكَلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا؛ پس به سبب ظلمی که از یهودیان سر زد و به سبب آنکه (مردم را) بسیار از راه خدا بازداشتند، چیزهای پاکیزه‌ای را که بر آنها حلال شده بود حرام گردانیدیم و هم به این جهت که ربا می‌گرفتند در صورتی که از ربا خوردن نهی شده بودند و هم از آن رو که اموال مردم را به باطل می‌خوردند و ما برای کفارشان عذابی دردناک مهیا کرده‌ایم» (نسا، ۱۶۰-۱۶۱).

تفسیر آیات فوق نشان می‌دهد که قرآن به محل و نوع کسب روزی اهمیت زیادی داده است و در حقیقت حرام‌خواری را که در این آیات از ربا جهت تمثیل آن استفاده شده است از گناهان بزرگ محسوب و تأکید بر به دست آوردن مال پاکیزه شده است.

روایات

با وجود اینکه مستند اصلی فقها برای ضابطه مذکور، آیات قرآن به ویژه آیه ۲۹ نسا می‌باشد، ولی ایشان به روایات وارده در این زمینه نیز استناد کرده‌اند. البته اکثر روایات مرتبط با این ضابطه، در مقام یا مصادیق اکل مال به باطل می‌باشند و آن را با مواردی چون ربا، قمار و سوگند دورغ منطبق کرده‌اند. در برخی از روایات، علاوه بر بیان مصادیق، به ارائه ضابطه کلی نیز پرداخته شده است. یکی از روایات وارده در این باب بدین شرح است:

- حسن بن محبوب از سماعه نقل می‌کند: «به امام صادق (ع) عرض کردم، در دست یکی از آشنایان ما مالی هست که با آن زندگی می‌کند در حالی که بدهکار است، آیا او می‌تواند به این وضع ادامه دهد تا خداوند گشایشی ایجاد کند تا بدهی‌اش را پرداخت کند؟ یا با وجود سختی اوضاعش باید بر ذمه خود قرض کند تا در آینده بپردازد؟ یا اینکه صدقه قبول کند؟ امام (ع) فرمودند: با مالی که نزد خود دارد بدهی‌اش را پرداخت کند و در اموال مردم تصرف نکند مگر اینکه مالی داشته باشد که بتواند با آن حقوق مردم را بپردازد، همانا خداوند متعال می‌فرماید: «لَا تَاكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ». این فرد نباید بر ذمه‌اش استقراض کند مگر اینکه بداند مالی دارد که می‌توند قرض خود را بپردازد» (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۳۲۵).

- نتیجه اینکه معاملاتی که از نظر عرف یا شرع اکل مال به باطل محسوب می‌شوند، حرام و باطل هستند و برای اینکه نظام مالی مطابق با موازین شرع باشد، باید در آن اکل مال به باطل اجتناب گردد.

۱-۱۱-۴. نفی ضرر ناروا

یکی دیگر از ضوابط عمومی که در بیشتر ابواب فقه به ویژه باب معاملات جاری می‌شود قاعده نفی ضرر می‌باشد. به عبارت دیگر این قاعده بر معاملات و مبادلات عقلایی حاکم است. از نظر شریعت، گروهی از معاملات و مبادلات جایز می‌باشد که اصل معامله، اطلاق معامله و یا شرایط آن موجب ضرر و ضرار نگردد. چه بسا در صورت ایجاد ضرر، با استناد به قاعده نفی ضرر، یا به بطلان آن معامله حکم می‌شود یا با آوردن قیودی، معامله مقید به رعایت شرایطی می‌شود و در مورد جایی که وجود شرایط باعث ایجاد ضرر شده باشد، شرایط موجود لغو می‌گردد.

قاعده نفی ضرر از جمله قواعدی است که در اکثر ابواب فقه کاربرد دارد، در نتیجه فقها مباحث زیادی را در مورد آن مطرح کرده‌اند. ولی از آنجا که هدف ما فقط بیان این قاعده به عنوان یکی از اصول و قواعد حاکم بر نظام مالی اسلامی است، پس این قاعده را به صورت مختصر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مدارک و مستندات قاعده «لاضرر» آیات، روایات و عقل می‌باشد. با وجود اینکه در نظر فقها، این قاعده از جهت سند معتبر و مشهور می‌باشد ولی به نظر می‌رسد ذکر برخی از مستندات آن خالی از فایده نباشد.

آیات

در قرآن، آیه‌ای که به طور صریح به نفی ضرر به عنوان یک قاعده کلی اشاره کرده باشد، وجود ندارد. اما در بسیاری از آیات، احکامی ارائه شده که با استفاده از آنها و از باب تنقیح مناط، می‌توان نفی ضرر را به عنوان یک قاعده کلی استنباط کرد. برخی از آیاتی که ظاهر آنها بر قاعده مذکور دلالت می‌کند، بیان می‌شود.

- «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ» مادران فرزندان خود را دو سال تمام شیر می‌دهند. این برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوردگی را تکمیل کند. و برای آن کسی که فرزند برای او متولد شده (پدر)، لازم است خوراک و پوشاک مادر را به طور شایسته

بپردازد. هیچ کس موظف به بیش از مقدار توانایی خود نیست، نه مادر حق ضرر زدن به کودک را دارد و نه پدر...» (بقره، ۲۳۳).

- «... نباید به نویسنده و شاهد (قرارداد، به خاطر حق گویی) زبانی برسد (و تحت فشار قرار گیرند) و اگر چنین کنید از فرمان پروردگار خارج شده‌اید...» (بقره، ۲۸۲).

- «هنگامی که زنان را طلاق دادید و به آخرین روزهای عده رسیدید یا به طرز شایسته‌ای آن‌ها را نگاه دارید (آشتی کنید) و یا به طرز شایسته‌ای آنها را رها کنید و هیچ گاه به خاطر زیان رساندن و تعدی کردن، آنها را نگه ندارید. و کسی که چنین کند به خویشتن ستم کرده است و (با این اعمال) آیات خدا را به استهزا نگیرد...» (بقره، ۲۳۱).

روایات

دلیل عمده فقیهان برای قاعده نفی ضرر روایات وارد شده در این زمینه است. در برخی از این روایات، عبارت «لاضرر و لاضرار» ذکر شده که به طور مستقیم بر نفی ضرر دلالت می‌کند و از آنها برای اثبات قاعده مذکور استفاده می‌شود. چند مورد از روایات مشهوری که بر نفی ضرر دلالت می‌کنند، به عنوان نمونه ذکر می‌شود.

- امام باقر (ع) می‌فرماید: «در زمان پیامبر اکرم (ص) سمره بن جندب درخت خرمایی داشت که راه عبور آن از داخل منزل مرد انصاری بود. سمره برای رسیدگی به درخت خرما، بدون اجازه انصاری داخل منزل وی می‌شد. مرد انصاری به او گفت: وقتی می‌خواهی وارد منزل شوی اجازه بگیر. سمره جواب داد: این راه درختم است و من برای راهم اجازه نمی‌گیرم. مرد انصاری نزد پیامبر اکرم (ص) رفت و از سمره شکایت کرد. رسول اکرم (ص) به سمره گفت: انصاری شکایت تو را کرده و معتقد است تو بدون اجازه بر او و اهل منزلش وارد می‌شوی! هر وقت تصمیم ورود به منزل داشتی اجازه بگیر. سمره گفت: ای رسول خدا، آیا در راه دختم اجازه بگیرم؟ رسول خدا فرمودند: از درخت دست بردار، برای تو درخت دیگری در فلان مکان داده شود. گفت: نه. پیامبر فرمودند: دو تا درخت، گفت: نمی‌خواهم. پیامبر اکرم (ص) همین طور اضافه کردند تا به ده درخت رسید، گفت: نمی‌خواهم. پیامبر اکرم (ص) فرمودند: از درخت دست بردار، در مقابل درختی در بهشت برای تو باشد. سمره باز هم قبول نکرد. پیامبر اکرم (ص) در نهایت فرمودند: «تو مرد ضرر زنده‌ای هستی و هیچ ضرر و ضراری بر مومن نیست». سپس پیامبر دستور دادند درخت وی را کنده و جلوی او پرت کنند و فرمودند: درخت را بردار و هر جا خواستی بکار» (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۴۲۹).

- امام صادق (ع) نقل می‌کند: «رسول خدا (ص) بین شرکا در زمین و مسکن به شفعه قضاوت کرده و فرمودند: هیچ ضرر و ضراری در آن نیست» (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۴۰۰).

- محمد بن حسین نقل می‌کند: «به امام رضا (ع) نوشتم: شخصی قناتی دارد، دیگری قصد حفر قنات در کنار آن دارد، با توجه به سختی و نرمی زمین، چه مقدار باید حریم را رعایت کند که به صاحب قنات اول ضرر نیست؟ امام پاسخ دادند: به اندازه‌ای که یکی به دیگری ضرر نرساند. به حضرت نوشتم: شخصی در پایین نهری آسیابی دارد و نهر متعلق به قریه‌ای است که صاحب قریه تصمیم به تغییر مسیر نهر دارد و با عمل وی آب آسیاب قطع شده و آسیاب تعطیل می‌شود، آیا صاحب نهر حق تغییر مسیر نهر را دارد؟ حضرت در جواب نوشتند: از خدا بترسید، در این مسئله به نیکی رفتار کند و به برادر مومنش ضرر نرساند» (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۴۳۱).

عقل

برخی از محققان معتقدند نفی ضرر و ضرار به صورت کلی از اموری است که عقل به طور مستقل به آن حکم می‌کند. ایشان می‌گویند: شکی نیست که قطع نظر از آیات و روایات وارد شده در مورد نفی ضرر، عقل به استقلال ضرر و ضرار را مورد نفی قرار می‌دهد و حتی عقل به عنوان مهمترین دلیل بر آن معرفی شده است (محقق داماد ۱۴۰۶ق، ۱۳۱).

در مورد قاعده نفی ضرر، امور بسیاری مطرح می‌شود که احتیاج به بحث و بررسی تفصیلی دارند؛ از جمله معنی ضرر و ضرار در قاعده، دیدگاه فقها در مورد این قاعده و قلمرو این قاعده به علت عدم ضرورت طرح مباحث مذکور، به ذکر مستندات قاعده اکتفا کردیم.

نتیجه نهایی از ذکر قاعده نفی ضرر اینکه، آن دسته از معاملات عقلایی که اصل معامله یا یکی از اوصاف معامله یا عدم شرطی در معامله منجر به ورود ضرر به دیگری می‌شود، از نظر شرع حرام و ضمان‌آور می‌باشد. به همین علت اسلام، معامله یکی از شرکا بدون در نظر گرفتن حق شفعه، لزوم بیع غبنی بدون در نظر گرفتن خیار غبن برای مغبون و حق بهره‌برداری از مالکیت خصوصی را در صورت ورود ضرر به دیگری، جایز نمی‌داند و بنا به تناسب مورد به وجود حق شفعه، عدم لزوم بیع غبنی و حق خیار مغبون و ایجاد محدودیت‌هایی برای استفاده از مالکیت خصوصی، حکم می‌کند (موسویان ۱۳۸۶، ۱۱۶). در داد و ستدهایی که در بازار مسلمین انجام می‌شود باید به این قاعده به عنوان یکی از اصول مهم توجه شود. در بازار سرمایه باید از ورود ضرر به دیگران خودداری گردد تا بازار مالی مورد تایید شارع مقدس قرار گیرد.

۱-۱۱-۵. نفی معاملات غرری

از مشخصات دیگری که در بخش معاملات در فقه اسلامی مورد تاکید قرار گرفته، ممنوعیت معاملات غرری است. از نظر فقهای اسلام هر معامله‌ای که مستلزم ایجاد غرر باشد، باطل است. در این قسمت برخی از مستندات و مدارک این قاعده را بیان کرده و به بیان جایگاه آن در نظام مالی می‌پردازیم.

روایات

برخی از فقها در مورد بطلان بیع غرری ادعای اجماع کرده‌اند، اما با توجه به اینکه دلیل عمده فقها، روایات وارده در این زمینه می‌باشد، اجماع مورد ادعا، اجماع مدرکی تلقی شده و خود ارزش مستقلی نخواهند داشت و نقل آن فقط برای اعلام تسالم فقها است.

روایات مورد استناد عبارت است از:

- «پیامبر از بیع غرری نهی کردند» (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۴۴۸). بسیاری از فقها برای اثبات نفی غرر به این حدیث استناد کرده‌اند و همین امر باعث شده که ضعف سند آن جبران شود. در جای دیگری آمده که «پیامبر اکرم (ص) از غرر نهی کردند». اما در مورد این روایت گفته شده، از حیث سند مرسل و ضعیف است و عمل به آن در ابواب دیگر غیر از بیع، دارای شهرت چندانی نیست که بتواند ضعف سند را جبران کند.

- «از امام علی (ع) درباره فروش ماهی در نزار، شیر در پستان و پشم در پشت گوسفندان پرسیده شد، حضرت فرمودند: هیچ کدام از اینها جایز نیست، زیرا مجهول و ناشناخته و قابل کم و زیاد شدن است و این غرر است» (نوری طبرسی ۱۴۰۸ق، ۲۳۵).

اگر چه این روایت به مصادیق خاص بیع اشاره می‌کند اما به جهت تعلیلی که در آن وجود دارد، قابل تعمیم می‌باشد. البته از نظر سند مرسل بوده و به تنهایی قابلیت استناد را ندارد (موسویان ۱۳۸۶، ۱۱۹).

علاوه بر روایاتی که به طور مستقیم لفظ «غرر» در آنها استعمال شده و به منهی بودن آن اشاره کرده‌اند، روایات دیگری از ائمه معصوم (ع) وارد شده که مضمون حدیث نبوی را تایید می‌کنند. دو مورد از آنها بیان می‌شود:

- امام صادق (ع) از پدارنش نقل می‌کند: «اگر کسی داد و ستدی انجام دهد که زمان تحویل جنس، مشخص نباشد یا بهای آن معلوم نباشد آن بیع، داد و ستد درستی نخواهد بود» (نوری طبرسی ۱۴۰۸ق، ۲۴۲).

- از امام علی (ع) در مورد مردی که کالایی را به یک دینار منهای یک درهم تا مدتی می‌خرد سوال کردند، حضرت فرمودند: «معامله فاسدی است چرا که ممکن است تا موقع سررسید، ارزش هر دینار یک درهم شود» (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۱۸).

با توجه به روایات وارده باید گفت: ممنوعیت معاملات غرری، امری واضح و آشکار است و اسلام برای سامان بخشیدن به معاملات مردم و جلوگیری از ایجاد نزاع‌ها و اختلاف‌ها، بر روی همه معاملات غرری خط بطلان کشیده است. اگر غرر موجود در معامله ناشی از خدعه و نیرنگ یکی از متعاملین یا هر دو باشد، علاوه بر حکم وضعی بطلان، حکم تکلیفی حرمت نیز خواهد داشت. فقط قرارداد صلح که ماهیت آن سازش و تفاهم در مورد عوض و معوضی است که به جهاتی مجهول می‌باشند، آن هم در صورتی که منشا غرر وارده خدعه نباشد، از نظر شرع جایز است (موسویان ۱۳۸۶، ۱۳۲). در نتیجه برای داشتن یک نظام مالی اسلامی، طرفین باید در هنگام معامله همه حقایقی که در محدوده اطلاعات آنها قرار دارد در اختیار یکدیگر بگذارند تا معاملات و قراردادهایی خالی از غرر و خدعه انجام شود و از منظر شریعت نیز اشکالی به آنها وارد نباشد.

فصل دوم: بررسی اوراق مشارکت در فقه امامیه و مذاهب اسلامی

فصل پیش‌رو به نظر فقهای شیعه و مذاهب اسلامی در مورد اوراق مشارکت می‌پردازیم و نظر موافقین و مخالفین فقها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۲. تضمین اصل سرمایه

صادرکننده اوراق مشارکت اصل سرمایه را برای دارندگان اوراق و به هنگام سررسید تضمین می‌کند ولی چنین تضمینی مشارکت را باطل می‌کند زیرا تضمین اصل سرمایه و سود مشخص از طرف صادرکننده بدون در نظر گرفتن عملکرد واقعی سرمایه در واقع همان ربا می‌باشد (انصاری ۱۳۸۶، ۶۴). تضمین سرمایه با تعهد الزام‌آوری از سوی منتشرکنندگان اوراق یا مدیر آن مبنی بر خرید اوراق به قیمت اسمی و به مبلغی که دارندگان آنها در ابتدا خریداری کرده‌اند، واقع می‌شود. ناشر اوراق، در تضمین سرمایه به قیمت حقیقی اوراق و یا قیمت بازاری آنها در روز خرید توجه ندارد. اوراق مشارکت به علت تضمین سرمایه در پایان عملیات، ویژگی اسناد ربایی را پیدا می‌کنند که از نظر شرع اشکال دارد.

۱-۱-۲. ربا و حکم آن از منظر اهل سنت و امامیه

دکتر وهبه الزحیلی در کتاب الفقه الاسلامیه و ادلته چنین بیان داشته است: «رَبَا الْبَيْعِ عِنْدَ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ نَوْعَانِ: رِبَا الْفَضْلِ وَ رَبَا النَّسْئَةِ...» (زحیلی ۱۳۷۵ ش، ۶۷۱).

ربای در نزد جمهور فقها دو نوع است:

الف) ربای فضل (اضافی) یا ربای نقد، ربای معاملی.

ب) ربای نسیه، ربای جاهلیت.

الف) ربای فضل: عبارت است از آن بیع یکی از دو متجانس به دیگری است بدون تأخیر در قبض

- معامله ربوی از نظر فقهای حنفیه

فقهای حنفیه «ربای فضل» را این طور تعریف کرده‌اند: معامله عین دو مال هم جنس با معیار شرعی (مکیل و موزون) با زیادی.

ربا در زیادی شرطیه و غیرشرطیه تحقق پیدا می‌کند، چه در بیع باشد چه در قرض، منظور از «عین مال» تحقق زیادی در مقدار و کمیت است نه از لحاظ قیمت و قید معیار شرعی برای احتراز از مزروع و معدود به کار رفته است. که در مزروع و معدود ربا تحقق پیدا نمی‌کند، همان گونه که در اموال قیمتی مثل: خانه، اثاث منزل، درخت ربا نیست پس زیادی در آنها حرام نیست؛ و ربا اختصاص به مکیل و موزون دارد. اگر کسی یک متر از پارچه معین را به شش متر پارچه معامله نماید مجاز است به شرطی که فی المجلس تقابض صورت گیرد. اگر یکی از متبادلین نسیه باشد بیع مجاز نمی‌باشد.

به عبارت دیگر ربای فضل این است: «هُوَ بَيْعُ رِبْوِي بِمِثْلِهِ مَعَ زِيَادَةٍ فِي أَحَدِ الْمَثَلَيْنِ» یعنی بیع ربوی دو کالای همجنس با زیادی یک طرف.

خلاصه: در مبادله اموال ربوی در جنس واحد مساوی بودن مقدار واجب است. این تساوی از نظر «ابویوسف» بر اساس معیار شرعی که با مقیاس عرفی هر صنف به طور علی حدّه مثلاً روغن که موزون است مقابلش هم روغن باید موزون و مساوی باشد و اگر تعیین مقدار کیلی است باید تساوی بر اساس کیل باشد.

ب) ربای نسیه: به این معنی که پرداخت زیاد در مقابل زمان تأخیر پرداخت عوض باشد. مثلاً ۱۰ کیلوگرم در تابستان می‌فروشد به ۱۵ کیلوگرم در زمستان و یا برای مثال غیر کالایی می‌توان به قرض دادن مبلغی پول و شرط بازپرداخت با زیاد در زمان سررسید عنوان نمود که این مورد دوم قابل تطبیق با اوراق قرضه است به گونه ای که شخص پس از خرید ورقه قرضه از پرداخت سود به علاوه اصل پول در زمان سررسید اطمینان می‌یابد لیکن اگر اوراق مشارکت را بر اساس سود و زیان واقعی در نظر بگیریم مشمول این مورد نمی‌شود (زحیلی ۱۳۷۵ ش، ۶۸۰).

فقهای حنفیه ربای نسیه را این چنین تعریف کرده‌اند: «هُوَ بَيْعُ فَضْلِ الْخُلُولِ عَلَى الْأَجْلِ، وَ فَضْلِ الْعَيْنِ عَلَى الدَّيْنِ فِي الْمَكِيلِينَ دُوَ الْمَوْزُونِينَ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ، أَوْ فِي ...» یعنی: نسیه بیعی است که در آن یک طرف معامله نقد و طرف دیگر نسیه باشد که در این صورت نقد (حال) بر نسیه (أجل) و عین بر دین تفاضل دارد. مثلاً بیع یک صاع گندم به یک صاع و نصف از آن تسلیم در زمان دیگر، یا مثلاً بیع یک صاع گندم به دو صاع جو تحویل در زمان دیگر، یا بدون زیاد مثلاً بیع یک رطل خرما یا نقد به یک رطل خرما نسیه (مؤجل التسليم) این مثالهایی است برای بیع مکیل یا موزون متماثل یا غیرمتماثل یا فروش یک رطل خرما به صورت نسیه و باز پس گرفتن ثمن آن با تأخیر به وجهی زیادتر از وجه عرفی.

یک مثال برای بیع غیرمکمل و غیرموزون متماثل مانند بیع یک سیب به دو سیب تحویل با تأخیر، در این مثال‌ها ربای نسبه وجود دارد که در یک طرف معامله زیادی هست بدون اینکه در مقابل آن چیزی باشد. ابن عباس، اسما بن زید بن ارقم، زبیر و ابن جبیر و غیره، ربای حرام را فقط در معامله نسبه دانسته‌اند، که بر اساس قول نبوی (ص) که اسامه آن را روایت کرده: «لاربا إلفی النسبه»؛ ربا نیست مگر در نسبه، که البته سخن آنان را به روایات دیگری که ربای فضل را تحریم می‌کند مورد ایراد قرار می‌دهند؛ لذا جابربن زید نقل می‌کند که ابن عباس از نظر خود برگشته بود. سپس اجماع تابعین به تحریم ربای فضل شد و اختلاف از میان رفت (عیوضلو ۱۳۷۷، ۵۴).

اما تأویل سخن پیامبر اکرم (ص) که در جواب سوال مبادله گندم به جو و طلا به نقره با مدت که پیامبر فرموده در «لاربا الافی النسبه» این سخن در پاسخ آن سوال بوده که راوی سخن را شنیده ولی سوال را نشنیده، یا اینکه قصد پیامبر (ص) از گفتن «لاربا» ربای کامل یا ربای خطرناک، یا ربایی که زیاد واقع می‌شود، یا ربای سخت عقوبت است که در عرب این گونه معمول است که می‌گویند عالمی غیر از فلانی در شهر نیست، منظورشان نفی اکمل علم است نه نفی اصل علم (جزیری ۱۴۲۷، ۳۱۷).

به هر صورت جهت تطبیق نظر حنفیه با مسئله پرداخت سود تضمینی در اوراق مشارکت، باید گفت با توجه به آنکه، سوددهی طرح مورد مشارکت امری زمان‌بر است پس ربای نسبه یا همان ربای مدت‌دار به طور قطع اتفاق می‌افتد که از نظر پیروان این مذهب حرام می‌باشد.

- معامله ربوی از نظر شافعیه

از نظر شافعیه معامله ربوی سه نوع است:

۱- ربای فضل.

۲- ربای ید.

۳- ربای نسبه (مصری ۱۴۲۲، ۵۲).

۱- ربای فضل: معامله با زیادی یکی از عوضین است یا زیادی یکی از عوضین به طور نقد که متحدالجنس باشند مثل

اینکه یک پیمانانه گندم با یک پیمانانه و نصف گندم، و در این مورد همه علما اتفاق نظر دارند.

۲- ربای ید: معامله با تاخیر قبض در عوضین، یا قبض یکی بودن ذکر زمان سررسید دیگری، یا بیع مختلفالجنس مانند

گندم با جو بدون تقابض در مجلس عقد که این نوع داخل است در ربای نسبه که حنفیه قائل هستند.

۳- ربای نسیه: و آن بیع مدت‌دار یا بیع نسیه مدت‌دار پس زیادی نقد در مقابل أجل که در مقابل این مهلت ثمن نیست، یا زیادی یکی از بدلین در حالی که در مقابل تأخیر دفع عوض نیست.

هر کدام از ربای «ید» و ربای «نسیه» از نظر شافعیه در بدلین مختلف‌الجنس است؛ و فرق میان آن‌ها این است که ربای ید در حالت تأخیر قبض است و ربای نسیه در حالت تأخیری که ذکر أجل در آن لازم بود هر چند زمان کم، یعنی اینکه شافعیه محدود کرده‌اند ربای نسیه را در حالت بیعی که دارای سررسید است و اما ربای ید در حالی که بیع منجز است که تأخیر در آن واقع شود.

خلاصه: ربای نسیه تأخیر دین در مقابل زیاده بر اصل (همان ربای جاهلیت) یا تأخیر قبض یکی از بدلین در بیع مال ربوی به جنس خودش است که از این دو مورد، مورد دوم شامل اوراق مشارکت نمی‌گردد زیرا در اوراق مشارکت آنچه مورد مبادله قرار می‌گیرد وجه نقد است و نه کالا. اما ربای فضل زیادی یکی از بدلین به دیگری است در مبادله مال ربوی به جنس خودش بدون تأخیر.

ابن قیم جوزی درباره انواع ربا می‌گوید: ربا دو قسم است ۱- ربای جلی ۲- ربای خفی. ربای جلی حرام است، چون حرمت آن معلوم است و این همان ربای نسیه‌ای و جاهلی است که قرآن صریحاً آن را حرام دانسته است. اما ربای خفی، ربایی است که چون وسیله‌ای برای وقوع ربای جلی می‌شود حرام است و خودش مستقلاً حرام نیست و این ربای خفی همان «ربای فضل» است که دو کالای همجنس به زیادی خرید و فروش می‌شود مثل طلا به طلا یا جو و گندم که در بیع این‌ها در صورت زیادی و اضافه حرمت می‌آید؛ و از آن رو حرام شده که مانعی شود برای عدم وقوع در ربای جلی.

بنابراین باید قائل به آن بود که از منظر فقها این مذهب نیز بازپرداخت زیاده در مقابل أجل که در اوراق قرضه و مشارکت اتفاق می‌افتد حرام می‌باشد. لیکن همانطور که در ادامه اشاره خواهیم نمود، راه‌حلی برای رفع حرمت این اوراق اندیشیده شده است.

- مذهب مالکیه

علت حرام بودن زیاده در نزد مالکیه در طلا و نقره ثمنیت می‌باشد. همین نظر را ابن عربی در احکام القرآن مبنی بر اینکه علت ربای معاملی در طلا و نقره ثمن اشیا واقع شدن می‌داند ولی در کل سخنان مالکی‌ها درباره علت تحریم ربا مختلف است و از خود مالک در این مورد چیزی به طور صریح نقل نشده، لیکن از فروعاتی که بیان کرده است، عالمان مالکی برداشت‌های مختلفی داشته‌اند (ابن عربی ۱۴۰۵ق، ۳۵۳).

قرطبی نیز در تفسیر خود گفته است که کلمات اصحاب مالک درباره علت ربا مختلف است و بهترین سخن این است که گفته شود، علت ربای معاملی این است که چیزی غالباً طعام اصلی انسان واقع شود (قرطبی ۱۳۵۴ق، ۱۷۸).

ابن رشد، علت تحریم ربای معاملی فضل را نزد مالک نقل کرده عبارت است از:

۱- خوراکی بودن

۲- قابلیت بقا داشتن

۳- از یک صنف بودن (ابن رشد ۱۴۰۵ق، ۱۲۸ و ۱۳۰).

در یک جمع بندی کلی، می توان علت تحریم ربا را از نظر مالکی ها را چنین مطرح کرد:

علت تحریم ربا در طلا و نقره ثمن بودن است و در غیر طلا و نقره دو چیز است: یکی، اینکه قوت اصلی انسان را تشکیل دهد و بنیه آدم، بر آن قائم باشد؛ بدین معنا که اگر تنها به خوردن آن طعام اکتفا نماید بتواند به زندگی خویش ادامه دهد. دوم، اینکه قابلیت ذخیره شدن داشته باشد.

آنچه امروزه باید جایگزین طلا و نقره دانست، پول به معنای رایج آن در کشور (الکترونیک و کاغذی) است. که در تطبیق با سود تضمین شده در اوراق مشارکت؛ زیاده در آن حرام می باشد لیکن اگر فقط طلا و نقره منظور باشد باید قائل به آن شد که از نظر مالکیه در اوراق مشارکت ربا راه ندارد و بنابراین حکم این قضیه بستگی به حدود تفسیر ما از طلا و نقره دارد.

- مذهب حنابله

از احمد بن حنبل درباره علت تحریم ربای فضل در اشیای شش گانه سه نظر نقل شده است (ابن قدامه ۱۴۰۸ق، ۱۲۳-۱۲۵).

علت ربا در خرما، نمک، گندم و جو، طعام بودن و وزنی و پیمانه ای بودن و همجنس بودن است. بنابراین، ربا در مواد خوراکی که وزنی و پیمانه ای معامله نمی شوند یا کالاهایی که خوراکی نیستند، ولی با وزن و پیمانه معامله می شوند و یا اشیائی که همجنس نیستند، جاری نمی شود. این قول شبیه قول قدیم شافعی است.

اما باید دقت داشت که نوع ربایی که ممکن است در اوراق مشارکت اتفاق بیافتد ربای فضل نمی باشد؛ مگر حالتی که ناشر اوراق خود را بدون فوت وقت و با سوددهی هر چند کم باز خرید نماید، که امری بعید به نظر می رسد؛ به هر حال باید گفت که بحث اصلی در این باره؛ مسئله و حکم ربای نسیه است.

در بین ائمه اربعه اهل سنت در مورد حرام بودن ربای نسیه هیچ اختلافی وجود ندارد و آن را گناه کبیره دانسته و همه در گناه کبیره بودن ربای نسیه اختلاف ندارند و دلیل آنها بر اساس استنباط از آیات قرآن که قبلاً بیان شده و احادیث پیامبر اکرم (ص) و اجماع مسلمین می‌باشد. به عنوان مثال خداوند متعال در قرآن مجید در سوره بقره آیات (۲۷۵-۲۷۹) می‌فرماید:

«الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ؛ خداوند معامله را حلال و ربا را حرام کرد و ...» پس بنابراین خداوند ربا را به شدت حرام کرده است؛ که بدان کسانی که ایمان آورده‌اند به خدا و می‌ترسند از عذاب خدا از شنیدن این آیه قرآن به لرزه می‌افتد. کدام عذابی دردناک‌تر از عذاب دادن کسانی که خداوند آن‌ها را به خاطر جنگ با خدا و رسولش عذاب داده است. پس حالشان ضعیف و در قبال جنگ با خدا و رسولش چگونه خواهد بود؛ پس شکی نیست که انسان در جنگ با خداوند و رسولش شکست خواهد خورد و خود را به هلاکت و خسران آشکار خواهد انداخت. سپس بر اساس این آیه قرآن چگونه مرتکب چنین عمل زشتی می‌شود که با ارتکاب آن موجب جنگ با خدا و رسولش خواهد شد. سپس براساس استنباط این آیات قرآن و آیات دیگر که حدود ۸ آیه می‌باشد. مشخص می‌شود که ربای نسیه که در جاهلیت هم رواج دارد حرام می‌باشد و تمام علمای اهل سنت در این مورد اتفاق کامل دارند (جزیری ۱۴۲۷ق، ۱۸۶-۱۸۸).

مثال آن فروختن یک کیلو گندم به یک کیلو و نیم گندم به این شرط که بعد از دو ماه برای فروشنده پرداخته شود یا فروختن یک تن از گندم به دو تن از جو که خریدار بعد از سه ماه برای فروشنده بپردازد پس این نوع حرام است به سبب افزوده آشکار که در آن باشد و گاهی بدون افزوده می‌باشد که آن نیز حرام است مانند فروختن یک کیلو خرما که در حال تسلیم داده شود و به یک کیلو دیگر از خرما که خریدار در آینده تسلیم دهد. زیرا عادتاً همچون معامله‌ای انجام نمی‌گیرد مگر به سبب اینکه در واقع قیمت کیلویی فعلی، از آن کیلویی که در آینده باید تسلیم داده شود بیشتر است از این رو که آنچه حاضر و آماده است بهتر از حرامی است که بر ذمه انسان قرار دارد و آنچه که فوری است در قیمت خود بیشتر از آن چیزی

است که مدت‌دار و همراه با تأخیر باشد و حرمت این نوع معامله به دلیل حدیثی که نجاری و مسلم از اسامه روایت کرده است که پیامبر اکرم (ص) فرمودند: «لا ربا الا فی النسیئه» (زحیلی ۱۳۷۵، ۱۳۴).^{۱۳۴}

علمای اهل سنت در مورد ربای زیاده در داد و ستدها نیز می‌گویند: که مال معین با شرط افزون یکی از دو عوض بر دیگری فروخته شود، چون فروش یک کیلو از گندم یا عسل یا خرما به دو کیلو، و فروش یک درهم به دو درهم. این نوع نیز حرام است بنا بر حدیثی که ابوسعید خدری از پیامبر روایت می‌کند که فرمود: «طلا در برابر طلا، نقره در برابر نقره، گندم در برابر گندم...». یعنی فروشنده و خریدار باید جنس و بها را فی الحال معاوضه و قبض نمایند و آنگاه که حدیث به این عباس رسید از آن قولی که قبلاً بر آن بود، و جز ربای نسیه دیگر نوع ربایی را حرام نمی‌دانست و ربای فضل را تجویز می‌کرد بازگشت. اما از حدیث (ربایی نیست مگر در نسیه) چنین جواب داده شده است که مراد از آن این است که: خطر ربای نسیه شدیدتر و وقوع آن بیشتر است یا اینکه این حدیث بر حالت برتری میان دو جنس مختلف حمل می‌شود همچون فروش یک کیلو از گندم به دو کیلو گندم را به دو کیلو از جو فروخت. آیا تحریم ربا بر همان اصناف شش‌گانه‌ای که در حدیث سابق ذکر گردید منحصر می‌باشد و یا چیزهایی که در معنای آنهاست نیز در آنها قیاس می‌شود؟ باید گفت: کسانی که قیاس را نفی می‌کنند می‌گویند: تحریم ربا به همین اصناف شش‌گانه محدود بوده و بر آنها چیزی افزوده نمی‌شود. اما مشهور فقها و از آن جمله ائمه مذاهب چهارگانه می‌گویند: حرمت ربا بر این اصناف محدود و منحصر نبوده بلکه بر هر چیزی که در معنای این اشیاء باشد متعدی می‌شود و آنها را نیز در حکم تحریم داخل می‌سازد، زیرا نص تحریم ربا معلل به علتی است که با دقت در آن از خود آن استنباط می‌شود، پس بناءً تحریم به هر چیزی که علت در آن موجود باشد تعدی نموده و آن چیز را نیز حرام می‌گرداند: زیرا فرق گذاشتن در میان دو امر همانند به هیچ وجه معقول نیست، و حدیث هم فقط بر اصول اشیائی که در عصر نبوت موجود بوده است تصریح دارد، که این نیز معنای حصر تحریم بر اشیاء شش‌گانه فوق‌الذکر را نمی‌رساند.

در نهایت باید گفت اگر قائل به آن باشیم که ربای نسیه شامل غیر کالا نمی‌شود که نظر برخی از اهل سنت نیز همین است پس در نتیجه اوراق مشارکت به دلیل کالا نبودن مشمول احکام ربا از نظر مذاهب اهل سنت نیست، همین نتیجه‌گیری را برای ربای فضل نیز می‌توان نمود.

– فقه امامیه

در بین علمای شیعه نیز کوشش‌هایی برای یافتن حکمت تحریم ربای معاملی صورت پذیرفته است که از آن جمله می‌توان به نظر آیت الله مکارم شیرازی و شهید مطهری اشاره کرد.

آیت الله مکارم شیرازی می‌گوید: ما دو نوع ربا داریم، یک نوع همان ربای معروف است که در وام صورت می‌گیرد، به این ترتیب که پول یا چیز دیگری را به عنوان وام به دیگری واگذار می‌کنند و سود و بهره‌ای در برابر مدت وام از او می‌گیرند که هر قدر باشد قطعاً حرام است، کم یا زیاد، از همان جنس یا جنس دیگر.

قسم دوم، ربای معاوضی است که دو جنس را با تفاوت بفروشند، مثلاً یک من گندم را به دو من گندم بفروشند، هر چند گندم اول بسیار اعلاء و دوم متوسط و کم قیمت باشد.

این نوع ربا کمتر در میان ما وجود دارد، مسلماً دارای آن مفاسد و عیوب و زشتی‌هایی که در مورد سود وام هست، نیست و سرچشمه آن نابسامانی اجتماعی نمی‌شود، بلکه گاهی انسان فکر می‌کند چه مانعی دارد که انسان جنس بهتر را با مقدار بیشتری از جنس پست‌تر مقایسه کند، مسلماً هیچ کس گندم را با گندم مشابه آن معاوضه نمی‌کند، اگر بکند گندم بهتر یا بدتر معاوضه می‌نماید و تفاوت‌هایی در مقدار در این جا طبیعی به نظر می‌رسد؛ مثلاً ما برنج‌هایی داریم که دو یا سه کیلو برابر برنج دیگر قیمت دارد، چرا نتوانیم آنها را با تفاوت وزن معاوضه کنیم؟

ممکن است فلسفه تحریم این نوع معاوضه آن بوده که گاهی وسیله‌ای می‌شده است برای کلاهبرداری رباخواری در وام، به این صورت که فلان یکصد من گندم را امروز رعیت می‌فروخته که هنگام خرید دویست من به او بدهند؛ یعنی وام را در صورت معاوضه، جنس به جنس مطرح می‌ساخته که از سوی شارع مقدس اسلام، معاوضه جنس به جنس با تفاوت مقدار به کلی تحریم شده است.

به هر حال، نمی‌توان انکار کرد که میان این دو نوع رباخواری فاصله و تفاوت زیاد است و اتفاقاً فقهای ما در خصوص راه‌های فرار از ربا بیشتر بر محور ربای معاوضی دور می‌زند (مکارم شیرازی ۱۳۶۸، ۲۴۲-۲۴۳).

در هر روی می‌توان گفت در صورت برخورد نص محور با قواعد فقهی شیعه اوراق مشارکت شامل هیچکدام از رباها نمی‌شود چون کالا نیست. همچنین اگر اصول عقد شرکت در این اوراق رعایت شود شبهه قرض بودن آن نیز از بین می‌رود.

۲-۱-۲. راهکار ارائه شده جهت مشمول ربا نبودن

از نظر شریعت اسلامی اصل این است که در عملیات تجاری بازگشت اصل سرمایه تضمین نمی‌شود و به دست آوردن سود حقیقی همیشه با احتمال ضرر و خسارت همراه است و در مورد اوراق بهاداری مثل اوراق مشارکت نیز اصل این است که سرمایه اولیه برای صاحبان آنها تضمین نشود زیرا سود حقیقی همیشه تابع احتمال ضرر می‌باشد و سرمایه‌گذاران فقط مستحق سود حقیقی سرمایه خود هستند. با وجودی که تضمین اصل سرمایه با شریعت اسلامی منافات دارد، زیرا به مقتضای

عقد شرکت طرفین در سود و ضرر شریکند، ولی امروزه می‌بینیم مدیر عملیات (عامل)، اصل سرمایه را به صورت غیرمستقیم تضمین می‌کند و در برابر دارندگان اوراق تعهد می‌کند که اصل مبلغ پرداختی یعنی قیمت اسمی اوراق را در پایان مهلت خریداری کند. در نتیجه اگر ماهیت کار در اوراق مشارکت این طور باشد که سرمایه اصلی صاحبان اوراق تضمین شود و اگر پروژه با زیان مواجه گردد مدیر عملیات زیان وارده را به عهده بگیرد و اگر سودی هم در پی داشته باشد، به مدیر تعلق گیرد و صاحبان اوراق مانند صاحبان اسناد ربوی فقط حق استرداد اصل سرمایه خود را داشته باشند، به اوراق مذکور اشکال وارد است.

در کتاب مبانی مالی با نگرش اسلامی آمده است، اما در صورتی که موسسه مالی خاص به عنوان وکیل وجوه صاحبان اوراق را جمع‌آوری کند و به وکالت از طرف آنها به انعقاد قرارداد مشارکتی اقدام کند، در واقع نقش یک مدیر مالی بین صاحبان وجوه و استفاده‌کنندگان نهایی (کسانی که از راه اوراق تامین مالی می‌شوند) را ایفا می‌کند. موسسه مالی به واسطه قرارداد وکالت به صاحبان اوراق پیوند می‌خورد اما از قرارداد اصلی که میان صاحبان اوراق و عاملان اقتصادی بسته شده جدا می‌باشد و فقط نقش یک واسطه در برقراری ارتباط بین طرفین را ایفا می‌کند، وی شخص ثالث محسوب شده و در مقابل دریافت حق‌الوکاله خدمات معامله را برای طرفین انجام می‌دهد. موسسه مالی می‌تواند به صورت داوطلبانه اصل سرمایه را برای سرمایه‌گذاران تضمین کند. پس مدیر عملیات می‌تواند جبران ضرر احتمالی وارده به اصل سرمایه را به صورت شرط فعل در قرارداد بگنجانند، به این معنی که عامل متعهد شود در صورتی که خسارتی از محل پروژه و فعالیت اقتصادی متوجه صاحبان سرمایه شود آن را از اموال خود جبران کند در این صورت شبیه ربا در این نوع معاملات منتفی شده و اشکال شرعی ندارد. مثلاً در تبصره ۴۸ قانون بودجه سال ۱۳۷۷ به وزارت نیرو اجازه داده که برای تکمیل عملیات اجرایی طرح‌های تامین آب، تا مبلغ ۳۰۰ میلیارد ریال از سرمایه‌های مردم از طریق مشارکت استفاده کند و دولت باید بعد از تکمیل طرح آن را به ماخذ هزینه‌های تمام شده دوره ساخت با احتساب سود قطعی مربوط به اوراق مشارکت خریداری کند. در حقیقت دولت متعهد می‌شود که بعد از پایان هر طرح آن را به قیمتی بخرد که سود مشخص برای شرکت‌کنندگان در اجرای طرح حاصل شود (انصاری ۱۳۸۶، ۶۴-۶۵).

در مورد اینکه مدیر پروژه که پروژه را به عنوان شریک اداره می‌کند، می‌تواند سرمایه یا قیمت اسمی اوراق را در صورت تلف اصل طرح یا کم شدن قیمت، تضمین کند یا نه، باید گفت با توجه به اینکه شریک امین است، ضامن تلف مال‌الشركة نمی‌باشد مگر اینکه در حفاظت آن تعدی یا تفریط کرده باشد پس شرط تضمین سرمایه در فرض مذکور طبق نظر مشهور

جایز نیست (موسوی خمینی ۱۴۲۵ق، ۵۸۴). در این جا شهید صدر در این باره می‌فرماید: شرط ضمان به معنی اینکه خود ید یا خود عقد علت ضمان باشد باطل و مخالف سنت است اما اگر به معنی در نظر گرفتن ضمان از آغاز و ضمن عقد (به صورت شرط) باشد؛ در مورد شخص امین نیز جایز است و منافاتی با حق مالکیت ایجاد شده ندارد. وی قرار دادن شرط ضمان را مخالف مقتضای عقد نمی‌داند. بنابراین شهید صدر قائل به این است که اگر مدیر پروژه از جمله شرکا باشد قرار دادن شرط مذکور جایز می‌باشد و به طریق اولی اگر وکیل باشد و همه سرمایه را شرکا تامین کنند. ایشان برای اثبات صحت سخن خود به روایاتی استناد کرده‌اند از جمله روایت رفاعه که می‌گوید: «از امام موسی کاظم (ع) درباره مردی سوال کردم که در خصوص کنیزی با کسی شریک شد و به او گفت: اگر سودی بردیم نصف سود از آن تو و اگر زیان دیدیم چیزی بر عهده‌ات نخواهد بود. امام فرمودند: اگر صاحب کنیز راضی باشد اشکالی در آن نیست» (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۷).

۲-۲. تضمین سوددهی و میزان آن

به مقتضای عقد شرکت، دارندگان اوراق نسبت به یکدیگر شریک محسوب شده و تا زمانی که در ضمن قرارداد امتیاز خاصی شرط نشده باشد به نسبت سهم‌شان در سود و زیان شریک خواهند بود.

در این قسمت از آنجایی که اوراق مشارکت که تاسیس حقوقی نوین می‌باشد و ما قصد بررسی فقهی همین اوراق را داریم ناگزیر از اشاره به برخی از قواعد و مقررات پیرامون سوددهی می‌باشیم تا بتوانیم این اوراق را در بوته‌ی فقه به نقد بگذاریم.

در رابطه با نحوه پرداخت اصل سود طی مقرراتی آمده است که: «تضمین بازپرداخت اصل و سود علی حساب و سود تحقق یافته این قبیل اوراق توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی از محل اعتبارات ردیف‌های خاصی که توسط سازمان برنامه و بودجه به همین منظور در قوانین بودجه سالانه کل کشور پیش‌بینی می‌شود به عمل خواهد آمد» (اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ۱۳۸۴، ۵۶).

همچنین در مورد بازپرداخت سرمایه و سود طرح‌های غیردولتی گفته شده که: «شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و موسسات و شرکت‌های غیردولتی موضوع ماده یک، در صورت انتشار اوراق مشارکت مکلف‌اند بازپرداخت اصل و سود متعلق را در سررسیدهای مقرر در اوراق مذکور، تعهد و تضمین نمایند» (اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ۱۳۸۴، ۵۷).

در تحلیل موارد فوق دو تفسیر ارائه شده، که گفته‌اند تفسیر اول همان مقتضای عقد شرکت می‌باشد ولی تفسیر دوم اوراق مشارکت را به اوراق قرضه نزدیک می‌کند که از نظر شرع اشکال دارند. در تفسیر اول آمده، منظور از «تضمین» در جمله «تضمین بازپرداخت سود تحقق یافته»، تضمین مبلغ و نرخ‌های معین نیست بلکه مقصود تضمین اصل عملیات و بازپرداخت سرمایه، سود علی‌الحساب و سود محقق شده در صورت وجود می‌باشد. به عبارت دیگر وزارت اقتصاد و دارایی به صاحبان اوراق ضمانت می‌دهد که در صورت موفقیت طرح و تحصیل سود حتماً اصل سرمایه آنها را برمی‌گرداند و سود حاصله را نیز به آنها پرداخت می‌کند ولی در مورد تعیین مقدار سود ضمانتی نمی‌کند. اما در تفسیر دوم گفته شده منظور از تضمین، تضمین مبلغ و نرخ‌های اعلام شده به عنوان اصل سرمایه، سود علی‌الحساب و سود تحقق یافته است (موسویان ۱۳۸۶، ۴۱۸).

۲-۱. نحوه تقسیم سود از نظر امامیه

معمولاً هنگام انتشار اوراق مشارکت نرخ معینی به عنوان سود اوراق مشارکت تعیین می‌شود و این نرخ طبق قانون اوراق مشارکت از طرف وزارت اقتصاد و دارایی تضمین می‌شود.

بنا به مقتضای عقد شرکت دارندگان اوراق مشارکت نسبت به یکدیگر شریک محسوب می‌شوند بنابراین در سود و زیان حاصله نیز به نسبت سهم خود شریک خواهند بود. اگر مال آنها مساوی باشد در نفع و ضرر مساوی هستند و گرنه به حسب تفاوت در مالشان در سود و زیان نیز متفاوت می‌شوند (طباطبایی یزدی ۱۴۱۰ق، ۵۲۶). فرقی نمی‌کند که شرکا در عمل مساوی باشند یا متفاوت، یکی از آنها فقط کار کند و یا اینکه هیچ یک از شرکا کاری انجام ندهند، چه آنکه سود نماند مال است (حسینی عاملی بی‌تا، ۴۰۲) و براساس راس‌المال شرکا سود و ضرر برای آنها تعیین می‌گردد (موسوی‌خمینی ۱۴۲۵ق، ۵۸۴). ماده ۵۷۵ قانون مدنی نیز در مورد تقسیم سود و ضرر میان شرکا می‌گوید: هر یک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشد مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد. مثلاً اگر یکی از شرکا ۱۰۰۰۰۰ ریال و دیگری ۲۰۰۰۰۰ ریال سرمایه‌گذاری کرده باشد و مقدار سودشان ۱۵۰۰۰۰ ریال باشد مبلغ ۱۰۰۰۰۰ ریال به کسی که ۲۰۰۰۰۰ ریال سرمایه آورده و ۵۰۰۰۰ ریال باقی مانده به کسی که ۱۰۰۰۰۰ ریال را سرمایه‌گذاری کرده، پرداخت می‌گردد. چه آنکه اختلاف بین سرمایه‌ها نسبت نصف است بنابراین سود نیز به همین نسبت بین آنها تقسیم می‌شود.

فقهای اهل سنت نیز با فقهای امامیه هم عقیده شده و می‌گویند: سود و زیان به نسبت راس‌المال تقسیم می‌گردد و اگر شرکا در راس‌المال با هم اختلاف داشته باشند سود و زیان نیز متناسب با راس‌المال آنها توزیع می‌شود (مروارید ۱۴۲۱ق،

۱۴۷). چه آنکه سود نماء مال است و زیان نقصان مال محسوب می‌شود پس باید به نسبت راس‌المال لحاظ گردد (مرواید ۱۴۲۱ق، ۱۴۱).

اگر در ضمن عقد شرکت که با دریافت اوراق مشارکت حاصل شده شرط شود که با وجود تساوی در سرمایه همه شرکا، سود بین آنها به طور متفاوت تقسیم شود و یا با وجود تفاوت در سرمایه، همه شرکا به طور مساوی در سود سهیم باشند، باید گفت در این مورد سه قول وجود دارد. برخی می‌گویند قرار دادن چنین شرطی جایز نیست و شرط لازم نمی‌شود، قرار دادن این شرط شرکت را نیز باطل می‌کند (مرواید ۱۴۲۱ق، ۳۸). منظور از بطلان شرکت این است که هیچ یک از شرکا حق تصرف در مال‌الشرکه را ندارد و نمی‌تواند وارد عمل شود. در نتیجه اگر با وجود چنین شرطی که عقد را باطل کرده شرکا مشغول فعالیت شوند و به تبع آن سودی برای آنها حاصل شود باید آن را به نسبت سرمایه بین خودشان تقسیم کنند هر چند این عمل با شرط آنها مخالفت داشته باشد. به علاوه اینکه هر کدام از شرکا بعد از اینکه سود را به نسبت سرمایه‌شان دریافت کردند، باید در مقابل کاری که انجام داده‌اند اجرت عمل خود را بگیرند (طوسی ۱۳۷۷ق، ۶۴۷).

اما در صورتی که سود بیشتر برای کسی در نظر گرفته شود که با مال‌الشرکه عمل و کار بیشتری را نسبت به دیگری انجام می‌دهد اشکالی ندارد و قرار دادن این شرط صحیح می‌باشد. چنین عقدی به قراض (مضاربه) شبیه‌تر است، صحت این فرض واضح است زیرا سود در مقابل عمل قرار می‌گیرد (جبعلی عاملی (شهیدثانی) ۱۴۱۴ق، ۴۱۳). صاحب جواهر به این سخن اشکال کرده و می‌گوید: اولاً شرکا قصد مضاربه ندارند، ثانیاً آنچه در صحت مضاربه معتبر است یعنی نقد بودن سرمایه، در شرکت معتبر نمی‌باشد (نجفی ۱۴۰۱ق، ص ۳۰۲).

برخی از فقها قائل به صحت شرکت و شرط در فرض مذکور می‌باشند. سید مرتضی برای اثبات این قول به عموم آیه «اوفوا بالعقود» استناد کرده و این آیه را در مورد انعقاد عقد شرکت با شرط مذکور جاری کرده است. ایشان به آیه «الا ان تکون تجاره عن تراض» نیز استدلال کرده و گفته وقتی شرکا نسبت به آنچه شرط شده تراضی کرده باشند دیگر عمل کردن برخلاف آن جایز نیست (حلی (فخرالمحققین) ۱۳۸۸، ۳۰۱).

سید مرتضی اجماع بسیط بر این مطلب را نیز نقل کرده است. علامه حلی در اثبات ادعای اجماع سید مرتضی می‌گوید: قول وی حجت است و نقلش دلیل می‌باشد، واضح است همان طور که اگر اجماع به طور متواتر نقل شود حجت است اگر به طور واحد نیز نقل شود حجت می‌باشد (حلی ۱۴۱۵ق، ۲۳۲). صاحب حدائق (شیخ یوسف بحرانی) ادعای اجماع بر مطلب فوق را شبیه چیزی می‌داند که سست‌تر از خانه عنکبوت است که سست‌ترین خانه‌ها می‌باشد (بحرانی ۱۴۰۵ق، ۱۶۴). شیخ

طوسی نیز به وقوع اجماع بر صحت شرکت در صورتی که سود به نسبت راس المال توزیع گردد احتجاج کرده و می‌گوید: دلیلی بر جواز خلاف آن وجود ندارد زیرا در صورتی که سود بدون توجه به نسبت راس المال توزیع شود، شرکت از عقد بودن خارج می‌شود در حالی که تجارت یک نوع عقد می‌باشد، بنابراین اگر در شرکت سود و زیان به حسب راس المال تقسیم نگردد عقد محسوب نمی‌شود و تحت عموم آیه «الا ان تکون تجاره عن تراض» نیز وارد نمی‌شود (فخرالمحققین ۱۳۸۸، ۳۰۱).

علامه حلی در رد سخن شیخ طوسی می‌گوید: «دلیلی بر جواز تقسیم سود بر خلاف راس المال نداریم» می‌فرماید: آیات مذکور و اجماع دلیل بر جواز این مطلب می‌باشند به علاوه اینکه اصل اباحه تصرف در مقدار زیاده است و دلیل دیگر اینکه در شرکت برای هر یک از شرکا ارفاق وجود دارد و هیچ کسی بدون در نظر گرفتن زیاده برای ورود به عقد شرکت رغبت پیدا نمی‌کند، بنابراین اگر جواز این شرط تشریح نشود، مصلحتی که ناشی از مشروعیت برای غیر این معنی است از بین می‌رود، پس مشروعیت شرط واجب می‌گردد به دلیل اینکه مقتضای آن وجود دارد که همان مصلحتی است که خالی از فساد می‌باشد (علامه حلی ۱۴۱۵ق، ۲۳۲).

فخرالمحققین با قول شیخ طوسی یعنی بطلان شرکت با شرط مذکور موافق بوده و می‌فرماید: مالک شدن سود یا به تبعیت راس المال صورت می‌گیرد یا عملی که فرد انجام داده، در اینجا عقد اجاره و مضاربه‌ای وجود ندارد و فقط عقد شرکت محقق شده که در صورت وجود شرط مذکور شرکت از عقد بودن خارج می‌گردد زیرا مقتضای عقد شرکت این است که سود و زیان به نسبت سرمایه تقسیم گردد و اگر خلاف آن انجام شود عقد باطل می‌گردد (فخرالمحققین ۱۳۸۸، ۳۰۱).

ابن ادریس در تایید سخن فخرالمحققین می‌گوید: این عقد، اجاره نیست تا اجرت در آن لازم شود و مضاربه هم نیست تا دادن آنچه شرط شده لازم شود چه آنکه حقیقت مضاربه این است که صاحب مال فقط مال را می‌آورد و عامل کار انجام می‌دهد ولی در اینجا صاحب راس المال خودش کار می‌کند در نتیجه وجهی برای استحقاق بیشتر از راس المال وجود ندارد. پس اگر شرکا چنین شرطی بین خودشان کرده باشند و سپس هر دو کار کنند، سود به نسبت راس المال آنها تقسیم می‌گردد و شرط باطل می‌شود و هر یک از آنها بعد از گرفتن مقدار سود متناسب با راس المال، اجرت عمل خود را دریافت می‌کند (علامه حلی ۱۴۱۵ق، ۲۳۲).

علامه حلی می‌گوید این سخن ضعیف است زیرا مقدار زیاده اگر چه اجرت نمی‌باشد ولی در معنای اجرت است، در اینجا عقد مستقلی وجود دارد که شرکت نامیده می‌شود نه اجاره و نه مضاربه، و اختلافی در صحت عقد شرکت وجود ندارد،

عقد شرکت یک عقد مستقل است نه اینکه فرع بر عقد دیگری باشد و عقد صحیح منحصر به اجاره و مضاربه نمی شود که آن را توهم کرده اند. نظر ابن ادریس به این علت به فساد عقد منجر شده که استحقاق زیاده را منحصر به دو عقد اجاره و مضاربه می داند (فخرالمحققین ۱۳۸۸، ۲۳۳).

همان طور که دیده می شود بسیاری از فقها صحت عقد و شرط را در فرض مذکور پذیرفته و آن را اقوی می دانند. در ذیل همین بحث این تبصره مطرح می شود که اگر شرکا شرط کنند که همه سود برای یکی از آنها باشد عقد باطل می شود زیرا این خلاف مقتضای عقد است (طباطبایی یزدی ۱۴۱۰ق، ص ۵۲۷) و این فرض با صورتی که شرط می شود به بعضی از شرکا سود بیشتری داده شود متفاوت است و آن اینکه شرط پرداخت همه سود به یکی از شرکا خلاف مقتضای عقد است ولی شرط پرداخت سود بیشتر این طور نیست. در فرض مذکور عقد و شرط وجود ندارد بلکه فقط عقد وجود دارد که مقید به قیدی است که با صحت معامله ای که موجب سود می شود منافات دارد (طباطبایی حکیم بی تا، ۳۵).

قول سوم این است که شرکت صحیح بوده ولی شرط باطل می باشد، تعداد کمی از فقها (حلی (محقق حلی) ۱۴۱۰ق، ۴۱) این قول را اختیار کرده اند. ابوالصلاح از جمله این فقهاست، وی در این زمینه می فرماید: شرکت صحیح می باشد زیرا در مقدار زیاده اباحه تصرف وجود دارد (حلبی ۱۴۱۰ق، ۹). صاحب حدائق می فرماید ممکن است گفته شود شرط صحیح است اما نه از حیث شرکت بلکه از این حیث که شرط «وعد» است و آیه و روایت دلالت می کند بر این که باید به «وعد» وفا کرد چه آنکه صاحب زیاده وعده کرده که زیاده را به دیگری بدهد و به این امر نیز راضی شده است، با این دلیل سخن ابوالصلاح رد می شود زیرا سخن وی مبنی بر این است که شرط فاسد عقد را فاسد نمی کند و حال اینکه اقوی خلاف آن است (بحرانی ۱۴۰۵ق، ۱۶۵).

۲-۲-۲. نحوه تقسیم از نظر اهل سنت

اقوال مختلف فقهای امامیه و دلایل آنها در فرض مذکور بیان شد. اما در مورد اینکه آیا در ضمن عقد شرکت که با دریافت اوراق مشارکت حاصل شده، می توان شرط کرد که با وجود مساوی بودن شرکا در سرمایه، سود و زیان به طور متفاوت بین آنها تقسیم گردد و یا با وجود تفاوت در سرمایه، سود و زیان به طور مساوی تقسیم شود یا نمی توان چنین شرطی را قرار داد، از منظر فقهای اهل سنت احوال زیر وجود دارد:

برخی از فقهای اهل سنت به خصوص مذهب شافعی معتقدند که قرار دادن چنین شرطی جایز نیست (مروارید ۱۴۲۱ق، ۶۵) و منجر به بطلان عقد می‌گردد چه آنکه با مقتضای عقد شرکت مخالفت دارد (مروارید ۱۴۲۱ق، ۱۴۱) به علاوه اینکه سود نماء مال است و به نسبت مال به مالک تعلق می‌گیرد.

اغلب فقهای اهل سنت (مروارید ۱۴۲۱ق، ۱۵۵) قائل به تفصیل شده و می‌گویند: سود متناسب با آنچه شرط شده تقسیم می‌گردد اما زیان باید به نسبت راس‌المال توزیع شود. پس بنا به نظر ایشان اشتراط تفاوت در سود، در صورت تساوی در سرمایه جایز می‌باشد. در مورد قول به جواز گفته شده قرار دادن این شرط در صورتی جایز است که عمل برای هر دو شرط شده باشد و زیادی نیز به کسی تعلق گیرد که عمل بیشتری انجام می‌دهد. بنابراین اگر شرط کرده باشند که یکی از آنها کار کند و عمل برای کسی باشد که مال وی کمتر است، چنین شرطی جایز می‌باشد که در این صورت وی به نسبت راس‌المال خود سود دریافت می‌کند و مقدار سود بیشتری که بنا به شرط دریافت می‌کند نیز در مقابل عمل وی قرار می‌گیرد.

دکتر عبدالستار ابوغده می‌گوید: اصل در استحقاق ربح و تحمل خسارت، برابری سود و زیان نسبت به اصل سرمایه است در حالی که بعضی، عدم برابری سود را قبول دارند اما عدم برابری زیان را نمی‌پذیرند (مومنی ۱۳۷۸، ۶۸).

۲-۳. پرداخت سود دوره‌ای از منظر امامیه و اهل سنت

سود دوره‌ای اوراق بهادار باید از دو منظر قبل و بعد از سوددهی طرح‌ها بررسی شود. ابتدا بررسی مبنای فقهی سود قبل از سوددهی طرح‌ها و سپس مبنای فقهی پرداخت سود، بعد از سوددهی در صورت کم یا زیاد بودن سود از درصد پیشنهادی باید انجام داد.

۲-۳-۱. پیش از سوددهی طرح

با توجه به اینکه تا قبل از اتمام طرح سودی حاصل نمی‌شود بنابراین پرداخت سود علی‌الحساب در مواعد معین نمی‌تواند از محل سود حاصل از اجرای طرح باشد بلکه ناشر به اعتبار سود آور بودن طرح و به اعتبار سود حاصله در آینده، با توجه به برآورد کارشناسی مبلغی را به اندازه حداقل نرخ بازده انتظاری بر اساس زمان‌بندی مشخص به صاحبان اوراق پرداخت می‌کند و در سررسید اوراق مشارکت که می‌خواهد طرح را از صاحبان اوراق خریداری کند، طلب خود را بابت پرداخت‌های سود علی‌الحساب کم کرده و مقدار باقی مانده را به دارندگان اوراق تحویل می‌دهد (موسویان ۱۳۸۶، ۴۳۷).

برخی پرداخت سود علی الحساب به دارندگان اوراق مشارکت را در حکم مساعده و قرض الحسنه می‌دانند که بعد از تکمیل طرح و خرید آن از طرف صادر کننده اوراق، به صورت قطعی در می‌آید (انصاری ۱۳۸۶، ۶۵).

آیت اله مومن در کتاب جایگاه اوراق مشارکت در نظام اقتصادی اسلامی می‌فرماید: مبلغ پرداخت شده به عنوان سود علی الحساب فقط می‌تواند ماهیت قرض داشته باشد و به علت اینکه متناسب با بازده انتظاری است اسم سود بر آن گذاشته شده است (مومن قمی ۱۳۷۸، ۱۶).

به نظر می‌رسد پرداخت سود علی الحساب را نمی‌توان به عنوان قرض در نظر گرفت زیرا در قرض، باید قرض دهنده هیچ گونه نفعی در قرض دادن نداشته باشد، زیرا داشتن نفع در قرض به معنای زیاده نسبت به اصل دین است و آن را ربوی می‌نماید، در حالی که در مورد اوراق مشارکت هدف ناشر اوراق از پرداخت سود علی الحساب، جلب رضایت دارندگان اوراق و تشویق مردم به خرید اوراق مشارکت می‌باشد که این امر موجب نفع قابل توجهی برای ناشر می‌باشد.

در تحریرالوسیله در مورد عقد قرض چنین آمده: شرط زیادی کردن در عقد قرض جایز نیست، به این صورت که فردی مالی را به دیگری قرض دهد به این شرط که قرض گیرنده بیشتر از آنچه قرض گرفته به وی برگرداند. چه آنکه این همان ربای قرضی می‌باشد که حرام است. فرقی نمی‌کند زیادی عین باشد مانند درهم یا عملی باشد مانند دوختن لباس و یا منفعت باشد مانند استفاده از مالی که مورد رهن قرار گرفته است. در همه موارد قرار دادن هر گونه زیادی اشکال دارد (موسوی خمینی ۱۴۲۵ق، ۶۱۵).

در مورد پرداخت سود علی الحساب به دارندگان اوراق مشارکت نیز وضع به این صورت است که ناشر اوراق اعلام کرده حاضر است ماهیانه مبلغی را به مردم قرض دهد به شرطی که آنها اوراق مشارکت را خریداری کنند و در اجرای پروژه موضوع مشارکت شریک گردند، قرار دادن این شرط در مقابل پرداخت قرض موجب جلب منفعت قابل توجهی برای ناشر می‌شود و همان طور که بیان شد قرار دادن چنین شرطی شرعاً اشکال دارد.

۲-۳-۲. بعد از سوددهی طرح

پرداخت سود دوره‌ای پس از سوددهی طرح‌ها، شامل دو فرض کمتر یا بیشتر بودن سود حاصله از درصد شرط شده است. در فرض بیشتر بودن سود حاصله از درصد شرط شده و لحاظ شرط در عقد که مرضی الطرفین است، مازاد، به عنوان تشویق به مدیر پرداخت می‌گردد.

روایات نیز چون موارد ذیل بر این موضوع صحه می‌گذارند:

- از ابی‌عبدالله سوال شد گاهی به مردی دستور می‌دهیم زمینی، چهارپایی یا غلامی را بخرد و برای او جایزه نیز قرار می‌دهیم. امام فرمودند: مانعی ندارد (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۳۹۵).

- ابی‌بصیر می‌گوید از امام سوال کردم، اگر مردی به دیگری بگوید که متاعی را برای من بفروش و سود بین ما تقسیم شود. امام فرمودند: مانعی ندارد (حرعاملی ۱۴۱۴ق، ۳۹۵).

همچنین اهل سنت نیز با استناد به روایاتی چون روایت ذیل این راه‌حل را تایید می‌کنند. البته برخی علمای اهل سنت نظیر آقای عثمانی این راه‌حل را شرعی نمی‌دانند (سلمان ۱۳۸۶، ۴۵).

- «از ابن عباس آمده که مانعی نیست به دلال بگویند این پیراهن را بفروش و مازاد بر این مبلغ، برای تو باشد» (به نقل از سلیمی ۱۳۹۱، ۵۸).

و در صورت سوددهی کمتر از درصد شرط شده، پیشنهاد شده که مدیر به صاحبان اوراق تا سقف درصد پیشنهادی قرض بدهد و از سودهای بعدی پس بگیرد. بر این پیشنهاد دو اشکال وارد است. اشکال اول اینکه قرض در چهارچوب سود از انجام کل معامله قرار خواهد گرفت و طبق اصل (نفع در قرض) ربوی است. اما اشکال دوم اینکه شرط کردن این قرض منتهی به جمع بین بیع و سلف است و در منابع اهل سنت از این جمع، البته به ضمیمه قیاس عقد شرکت و دیگر معاوضات بر بیع، نهی شده است.

برای حل این مشکل سه راهکار پیشنهاد می‌شود:

۱- قرض گرفتن از ذخیره احتیاطی؛

۲- قرض الحسنه گرفتن از موسسات دیگر و پرداخت از سودهای بعدی؛

۳- هبه میزان کسری سود شرط شده از طرف مدیر شرکت در قبال سودی که طرح برای او خواهد آورد.

۳-۳-۲. ضرر حاصل از طرح مشارکت

بنا به نظر اکثر فقهای امامیه و اهل سنت، همان طور که در عقد شرکت هر یک از شرکا به نسبت مال خود از سود بهره‌مند می‌شود، ضرر نیز به حسب مال آنها می‌باشد. ابوالصلاح می‌گوید: اگر در عقد شرکت شرط شود که ضرر نسبت به یکی از شرکا بیشتر و نسبت به دیگری کمتر واقع شود شرکت صحیح بوده و شرط باطل می‌باشد چه آنکه ضرر باید به حسب اموال واقع شود مگر اینکه یکی از شرکا به صورت تبرعی ضرر حاصله را به عهده بگیرد (حلی ۱۴۱۰ق، ۹).

اما برخی از فقها می‌گویند «در صورتی که شرط شود یکی از شرکا خسارت بیشتری را متحمل شود و یا شرط شود که همه خسارت به عهده یکی از شرکا باشد اقوی صحت عقد و شرط می‌باشد، این حکم به علت عموم «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد. اگر کسی مدعی شد که شرط مذکور در مورد سود اضافی و یا خسارت اضافی برخلاف مقتضای عقد است و موجب بطلان عقد می‌گردد، به نظر می‌رسد این ادعا صحیح نیست و دلیل آن هم روایت رفاعه است که قبلاً بیان شد» (به نقل از نظرپور ۱۳۹۴، ۱۱۰).

صاحب عروه می‌فرماید: ممکن است ادعا شود که عقد شرکت عقدی جایز است و هر یک از شرکا هر وقت بخواهد می‌تواند آن را بر هم زده، سهم خود را دریافت کند که عمل به آن لازم نیست. در جواب می‌گوییم این ادعا رفع می‌شود به این صورت که اولاً: شرط مشترک الورد است بنابراین اگر قبول کنیم که عمل به شرط لازم نیست به علت اینکه در ضمن عقد جایز آمده، قبول این مطلب مستلزم این است که شرط زیاده در صورت انجام عمل یا عمل بیشتر نیز لازم‌الوفا نمی‌باشد. ثانیاً: معنی جواز عقد این است که فسخ عقد جایز می‌باشد در نتیجه در صورتی که عقد فسخ شود وجوب وفا به شرط ساقط می‌شود و فرض این است که در صورت عدم فسخ و تا وقتی عقد فسخ نشده وفای به آن واجب است. فسخ عقد به معنی منحل شدن عقد از ابتدا نمی‌باشد بلکه عقد از زمان فسخ منحل می‌گردد. در نتیجه در صورت وجود شرط عمل به مقتضای عقد الزامی بوده و باید به آن عمل شود تا وقتی که عقد فسخ گردد (طباطبایی یزدی ۱۴۱۰ق، ۵۲۷).

آیت اله خوئی در حاشیه بر متن صاحب عروه می‌فرماید: اگر شرط شد که همه خسارت به عهده بعضی از افراد باشد اگر چه مخالف مقتضای عقد شرکت نمی‌باشد ولی مخالف سنت رسول الله است، از این رو شرط تحمیل شود و یا خسارت به عهده برخی از شرکا، موجب بطلان عقد شرکت می‌گردد (طباطبایی یزدی ۱۴۱۰ق، ۵۲۷). در مقابل سخن آقای خوئی نیز می‌توان به روایت رفاعه از امام موسی کاظم (ع) در مورد شریک شدن فردی با دیگری در خصوص کنیز وارد شده، استناد کرد که چه آنکه این روایت دلالت می‌کند بر اینکه تحمیل سود یا خسارت بر عهده یکی از شرکا جایز می‌باشد.

پس مدیر می‌تواند خسارت را تضمین کند و این امر به عنوان شرط ضمن عقد بیاورد و به طریق اولی ناشر به عنوان شخص ثالث می‌تواند این خسارت را در قبال احتمال سود زیاد تامین کند.

اهل سنت ضمانت مدیر را صحیح نمی‌دانند چرا که ید شرکت را ید امانی می‌دانند و لذا شریک نمی‌تواند ضامن باشد ولی می‌توان از او کفیل یا رهن برای تضمین عدم تعدی یا تقصیر گرفت. البته ثالث با یک تعهد مستقل از عقد مشارکت و بدون اخذ عوض به شرط اینکه دارای شخصیت و ذمه مستقل باشد می‌تواند ضامن شود. در این رابطه دکتر حسین حامد

احسان می‌گوید: «شریک نمی‌تواند سهم شریک دیگر در سرمایه یا سود را تضمین کند یا در توزیع سود اختلاف اندازد و اینگونه شروط مبطل عقد شرکت است. اما مانع شرعی ندارد که شخص ثالث مستقل با هدف تشویق طرح، تبرعاً، سرمایه و جبران خسارت شرکت را تضمین کند. بنابراین می‌توان گفت که یک شرکت دولتی، نمی‌تواند شرکت دولتی دیگر را ضمانت کند. اما بانکی که اکثریت دارایی او خارج از دارایی دولت باشد می‌تواند ادارات دولتی را تضمین سود کند البته می‌توان برای تامین خسارت بعدی، صندوق ذخیره احتیاطی تاسیس کرد» (به نقل از سرآبادانی ۱۳۷۹، ۵۴).

۲-۴. فروش مجدد اوراق

همان طور که بیان شد دریافت کنندگان اوراق مشارکت، از شرکای وارد در عقد شرکت محسوب شده و به صورت مشاع مالک طرح و دارایی‌های مربوط به آن می‌شوند، بعد از شروع طرح متناسب با پیشرفت آن ارزش دارایی‌های طرح افزایش یافته و به تبع به ارزش سهم هر یک از شرکا نیز اضافه می‌گردد. بنابراین هر یک از دارندگان اوراق مشارکت می‌توانند اوراق خود را به قیمتی بیشتر از ارزش اسمی بفروشند. فروش اوراق در واقع فروش سهم مشاع دارنده اوراق از آن دارایی و طرح می‌باشد، بعد از فروش اوراق سود علی‌الحساب و سود تحقق یافته نهایی به ملکیت خریدار در خواهد آمد. عملیات خرید و فروش اوراق مشارکت تا زمان سررسید می‌تواند چندین بار تکرار شود و این عملیات در مواقع نیاز دارنده اوراق به نقدینگی اتفاق می‌افتد.

همین امکان بالای خرید و فروش اوراق مشارکت باعث جذابیت آنها برای سرمایه‌گذاران شده چه آنکه آنها هر زمان بخواهند می‌توانند اوراق را فروخته و به اصل و فرع سود روزشمار خود دست پیدا کرده و آن را در سرمایه‌گذاری دیگری وارد کنند. خرید و فروش اوراق تا زمان اتمام طرح ممکن است چندین بار تکرار شود. بدیهی است که با توجه به میزان موفقیت طرح، انتظار می‌رود قیمت اوراق افزایش پیدا کند همان طور که این احتمال نیز می‌رود که در صورت عدم پیشرفت طرح از ارزش اوراق کاسته شود.

آنچه مورد سوال است این است که آیا خرید و فروش، خرید و فروش دین محسوب می‌شود و آیا بازخرید به واسطه ناشر

مجاز می‌باشد؟

۲-۴-۱. دین از منظر امامیه و اهل سنت

خرید و فروش‌های بعدی که بر روی اوراق مشارکت صورت می‌پذیرد براساس عقد خرید دین می‌باشد. خرید دین قراردادی است که به موجب آن دین مدت‌دار بدهکار به کمتر از مبلغ اسمی آن به صورت نقدی از طلبکار خریداری می‌شود. خرید دین می‌تواند توسط مدیون یا شخص ثالث صورت پذیرد.

خرید دین یا ذمه شخص توسط شخص دیگر، یکی از معاملات رایج در جزیره‌العرب بوده که در اسلام نیز با شرایطی مورد قبول واقع شده است. در ایران نیز هر چند در قانون اولیه بانکداری بدون ربا از قرارداد خرید دین سخنی به میان نیامده، اما در ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه از آن به عنوان یکی از عقود اسلامی عملیات بانکداری اسلامی نامبرده شده است. در این ماده آمده است: «به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکداری بدون ربا، عقود اسلامی استصناع، مباحه و خرید دین اضافه می‌شود. آیین‌نامه اجرایی این ماده به تصویب هیئت وزیران می‌رسد». خرید دین بدون ربا صورت است که بانک اسناد تجاری مدت‌دار واقعی مشتریان مانند سفته، برات، چک و ... را که از دیگران طلب دارند، پس از کسر مبلغی (درصدی) خریداری (تنزیل) کند. به عبارت دیگر، خرید اوراق و اسناد تجاری به قیمتی کمتر از مبلغ اسمی به صورت نقد. منظور از اسناد تجاری، اوراق و اسناد بهاداری است که حاکی از بدهی ناشی از معاملات تجاری باشد و منظور از مبلغ اسمی، مبلغی است که در متن اسناد و اوراق تجاری ذکر شده و حاکی از میزان دین یا بدهی می‌باشد که باید در سررسید از سوی متعهد پرداخت شود.

دین مفرد دیون و از نظر لغوی، به قرض دارای اجل و مهلت معین گفته می‌شود (ابن منظور ۱۴۰۸ق، ۴۵۹). دین از نظر لغوی به معنای همان قرض است، اما مهریه و شیء غصب شده و امثال آنها از نظر لغوی دین نیستند بلکه از نظر شرع، دین به حساب می‌آیند و این به جهت شباهت‌شان به قرض از جهت ثبوت و استقرار آنها در ذمه است.

علمای اهل سنت در مورد اصطلاح دین و کاربرد آن در مباحث فقهی و به خصوص در بحث بیع دین، نظریات مختلفی را مطرح نموده‌اند از جمله:

فقها در اصطلاحات خویش کلمه عین را در مقابل دین به کار می‌برند، به این عنایت که دین هر چیزی عین هر چیز معین و مشخص است مثل خانه و فرق بین عین و دین از این جهت است که تأجیل یا اجل داشتن، تنها در مورد دین صحیح است و در مورد عین صحیح نیست. حنفیه دین را این چنین تعریف نموده: دین، هر مالی است که به ذمه تعلق گیرد و ناشی از معاوضه

یا اتلاف یا قرض باشد. و فقهای شافعیه و مالکیه و حنابله این چنین: هر مالی که به ذمه تعلق گیرد و ناشی از سببی از اسباب مقتضی ثبوت آن در ذمه باشد، دین حق لازمی است که بر ذمه تعلق گرفته است (فخار طوسی بی تا، ۸۵).

فقها کلمه دین را به دو اعتبار تعلق و محتوی تقسیم نموده‌اند. در تعلق، دین را در برابر عین دانسته و هر چیز معین و مشخص مانند خانه را عین گویند اما دین هر چیز نقد یا غیر نقد در ذمه است بدون این که معین و مشخص باشد. بنابراین دین، متعلق به ذمه مدیون بوده و دادن هر مال مثلی از جنس دین متعهد را بری الذمه می‌نماید اما عین که حق به ذات آن تعلق دارد و وفا به آن، صرفاً با ادای خود آن عین است. در محتوی، دین در دو معنای اعم و اخص بکار می‌رود. معنای اعم چنین است: دین، هر حق لازم ثابت در ذمه است. با این معنا، هر چیزی که در ذمه باشد چه اموال و چه حقوق محض و غیر مالی مانند نماز، دین به حساب می‌آید و لذا لازم نیست که دین، مال باشد و یا مال در ذمه صرفاً ناشی از معاوضه، اتلاف یا قرض باشد.

معنای اخص دین در مورد اموال است و دو دیدگاه در مورد آن وجود دارد:

دیدگاه اول: دین عبارت است از هر مالی که در ذمه، ناشی از معاوضه یا اتلاف یا قرض، ثابت باشد.

دیدگاه دوم: دین عبارت است از هر مالی که در ذمه به سببی از اسباب مقتضی ثبوت آن، ثابت باشد.

دین طبق تعریف دیدگاه دوم، شامل هر دین مالی می‌شود چه عین مالی، چه منفعت مالی و چه حق مالی خدایی، اما شامل دیون غیر مالی مثل نماز نمی‌گردد (حمود ۱۹۹۸م، ۴).

حال این که کدام یک از معانی ذکر شده برای دین در موضوع بیع دین، مورد نظر است، بعضی در این خصوص چنین نظر می‌دهند: در بحث بیع دین، دین صرفاً حقوق مالی ثابت در ذمه و ناشی از قرض یا معاوضه یا اتلاف است (حمود ۱۹۹۸م، ۵). بر اساس معنای انتخاب شده برای دین، رابطه دین و قرض نیز چنان می‌شود که در عبارت ذیل آمده است: هر قرضی دین است اما دین گاهی ناشی از قرض است و گاهی ناشی از امور دیگری مانند سلم و بیع نسبه است (حمود ۱۹۹۸م، ۵).

فقها دین را از لحاظ زمان پرداخت به دو قسمت تقسیم می‌کنند:

۱- دین حال که ادای آن فوری و در زمان مطالبه داین، واجب است، چه از اصل و ابتدا چنین باشد و چه از ابتدا مؤجل بوده ولی اکنون اجلس رسیده و حال شده است.

۲- دین مؤجل که تادیه آن تا قبل از حلول اجل آن واجب نیست. (بحرانی ۱۴۰۵ق، ۴۹).

فقه‌های امامیه در خصوص اصطلاح دین چنین بیان داشته‌اند:

دین از نظر لغوی در برابر قرض است و به هر چیزی که اجل داشته باشد، گفته می‌شود و قرض به هر چیزی که اجل نداشته باشد، اطلاق می‌شود و لذا دین از نظر لغوی مختص به مؤجل است. (عاملی ۱۴۰۹ق، ۲)

دین هر چیزی است که در ذمه ثابت باشد به سبب قرض یا بیع یا اتلاف یا جنایت یا نکاح یا نفقه زوجه یا ... (سیستانی ۱۴۱۷ق، ۳۱۱)

دین مالی کلی است که به سببی در ذمه یک شخص برای شخص دیگر ثابت می‌گردد و به شخصی که ذمه‌اش مشغول گردیده مدیون و به شخص دیگر داین گفته می‌شود. سبب ثبوت دین در ذمه، گاهی از امور اختیاری مانند قرض یا مبیع در سلم یا ثمن در نسیه است و گاهی از امور قهری مانند موارد ضمان است. (بحرانی ۱۴۰۵ق، ۴۹) با آنچه که در تعریف دین بیان شد می‌توان چنین نتیجه گرفت که هر قرضی دین است اما برعکس آن صحیح نیست و هر دینی، ناشی از قرض نمی‌باشد. دین در فقه شیعه به حال و موجل تقسیم می‌گردد. دین حال، دینی است که برای ادای آن وقت معینی نیست و دین مؤجل برخلاف آن است. دین حال دینی است که داین حق مطالبه آن را دارد و بر مدیون تادیه آن در هر زمانی در صورت تمکن واجب است. دین مؤجل دینی است که داین حق مطالبه آن را ندارد و بر مدیون ادای آن واجب نیست، مگر پس از منقضی شدن مدت تعیین شده و رسیدن اجل و زمان مشخص شده.

ذمه از نظر لغوی به عهد و امان و ضمان معنا گردیده است اما از نظر اصطلاح شرعی و فقهی، مورد اختلاف است. بعضی از علماء، آن را وصف می‌دانند و چنین تعریف می‌کنند که ذمه، وصفی است که به سبب آن انسان اهلیت ایجاب چه به نفع و چه به ضرر خویش را پیدا می‌نماید. بعضی دیگر نیز آن را ذات می‌دانند و چنین تعریف می‌کنند: ذمه آن نفسی است که دارای عهده، تعهد و مسئولیت است و لذا گاهی به معنای خود اهلیت و جوب، تعهد و عهده نیز استعمال می‌شود و در حقوق غرب، ذمه به محل التزام انسانی اطلاق می‌گردد و در همین راستا، بعضی از فقها نیز ذمه را محل ضمان و جوب می‌دانند (حمود ۱۹۹۸، ۱۰۵).

۲-۴-۲. فروش به مدیون (مصدق با خرید اوراق مشارکت)

فروش دین به خود مدیون در صورتی که ثمن آن موجل باشد نزد اکثر فقیهان شیعه و تمام فقیهان اهل سنت باطل است، چون مصداق بیع دین به دین است.

فروش دین حال یا موجل به خود مدیون در صورتی که ثمن حال باشد به باور همه فقیهان شیعه و مشهور فقیهان اهل سنت جایز است، چون مصداق بیع است و منعی از آن نشده است.

بنابراین در این مورد فرقی بین مذاهب چهارگانه‌ی شافعی، حنفی، حنبلی و مالکی نیست. لیکن ظاهریه و ابن حزم آن را جایز نمی‌داند (الجزیری ۱۴۲۷ق، ۶۸) که از مذاهب مورد نظر این پژوهش خارج است. بنابراین می‌توان گفت در صورتی که ناشر اوراق مشارکت، خود اقدام به بازخرید اوراق بنماید یا تضمینی در این رابطه دهد، نمی‌توان ایرادی را وارد دانست.

۲-۴-۳. فروش به غیر مدیون (معامله اوراق بین افراد)

فروش دین حال یا موجل به غیرمدیون در صورتی که ثمن آن موجل باشد نزد غالب فقیهان شیعه و تمام فقیهان اهل سنت، باطل است چون مصداق بیع دین به دین است.

فروش دین موجل به غیرمدیون در صورتی که ثمن حال باشد، محل اختلاف جدی بین فقیهان اسلام است و در این باره چند دیدگاه وجود دارد:

اول: حنفیه، حنابله و گروهی از شافعیه و گروهی از شیعه آن را باطل می‌شمارند؛ البته حنفیه در سه مورد قائل به جواز شده است که عبارت هستند از:

- ۱- در صورتی که بایع (طلبکار) مشتری را در قبض دین از مدیون وکیل کرده باشد؛
 - ۲- در جایی که بایع، مشتری را به مدیون حواله دهد؛
 - ۳- در صورتی که بایع بعد از فروش، وصیت کند که بعد از موت وی، دین را به مشتری بدهند.
- دوم: مشهور فقیهان شیعه و گروه دوم از شافعیه، ابن تیمیه و ابن قیم آن را صحیح شمرده‌اند.
- سوم: گروه سوم از شافعیه، بین دین سلم و غیر آن تفصیل قائل شده و در دین سلم جایز نمی‌دانند؛ اما در دیون دیگر، با تحقق شرایط ذیل، صحت آن را می‌پذیرند:

- ۱- مدیون دارا بوده و اقرار به دین کند یا اینکه دین وی با بینه ثابت شود؛
 - ۲- دین، مستقر باشد؛
 - ۳- عوض در مجلس قرارداد تقابض شود.
- چهارم: مالکیه بر این باور است که در صورتی که شرایط هشت‌گانه ذیل محقق باشد، فروش دین صحیح خواهد بود:

«۱- دین از اموری باشد که فروختن آن پیش از قبض جایز است؛ پس نباید از قبیل طعام باشد؛

۲- ثمن آن قبض شود چون در غیر این صورت بیع دین به دین بوده و باطل می‌شود؛

۳- ثمن از جنس دین نباشد و در صورت هم جنس بودن مساوی باشند؛

۴- در صورتی که دین نقره است، ثمن طلا و بر عکس نباشد؛

۵- فقر و غنا و همین طور عسر و یسر مدیون معلوم باشد؛

۶- مدیون اقرار به دین داشته باشد؛

۷- بین مشتری و مدیون دشمنی نباشد؛

۸- مدیون مکلفین باشد» (به نقل از عیوضلو ۱۳۷۷، ۱۳۴).

در تطبیق با اوراق مشارکت باید گفت که بنابر گواهِ ورقه‌ی مشارکت دین مستقر و معلوم است؛ مدیون که ناشر است دارا می‌باشد همچنین دشمنی بین مدیون و مشتری با توجه به عمومی بودن طرح و شخصیت حقوقی آن منتفی است؛ بنابراین اگر ورقه‌ی مشارکت بصورت نقدی معامله شود در صحت این معامله شبهه‌ای وجود ندارد.

در خصوص جواز خرید دین دوروایت ذکر گردیده که در ذیل به بیان آن می‌پردازیم:

۱- سالت ابا جعفر (ع) عن رجل کان له علی رجل دین فجاءه رجل فاشتره منه بعرض ثم انطلق الی الذی علیه الدین فقال له اعطني ما لفلان عليك فانی قد اشتريته منه کیف یكون القضاء فی ذلک؟ فقال ابو جعفر (ع): یرد الرجل الذی علیه الدین ما له الذی اشتری به من الرجل الذی له الدین. (عاملی ۱۴۰۹ق، ۳۷۴).

از امام باقر (ع) در خصوص فردی که شخصی به او مدیون بود، سؤال نمودم که نفر سومی نزد فرد داین آمده و دین شخص مدیون را از او در مقابل کالایی خریداری نموده و سپس به نزد شخص مدیون رفته و از او می‌خواهد که دین خویش به فرد داین را به وی واگذار نماید، چرا که آن را از فرد داین خریداری نموده است؛ حکم مساله در این مورد چیست؟ حضرت (ع) فرمود: شخص مدیون به نفر سوم مقدار مالی را که به آن مقدار با فرد داین معامله نموده و از وی خرید نموده است، می‌پردازد.

۲- قلت للرضا (ع) رجل اشتری دینا علی رجل ثم ذهب الی صاحب الدین، فقال له: ادفع ما لفلان عليك فقد اشتريته منه.

قال: یدفع الیه قیمه ما دفع الی صاحب الدین و برئ الذی علیه المال من جمیع ما بقی علیه. (عاملی ۱۴۰۹ق، ۳۴۸)

از امام رضا (ع) در مورد نفر سومی که دین شخص مدیونی را از فرد داین خریداری کرده و سپس به سراغ شخص مدیون رفته و از وی می‌خواهد که مبلغ دین را به او بپردازد، پرسش نمودم. حضرت (ع) فرمود: شخص مدیون به نفر سوم، به اندازه

مبلغی که او (شخص مدیون یا نفر سوم بنا بر اختلاف موجود در معنای این روایت) به فرد داین داده است، می‌پردازد و در نتیجه شخص مدیون از تمامی آنچه که بر ذمه اش بوده است، بری می‌شود.

با عنایت به روایات مذکور و از آنجا که نقل و انتقالات بعدی اوراق مشارکت، از مصادیق بیع دین می‌باشد، می‌توان گفت که خرید و فروش اوراق فاقد مشکل بوده و انجام آن منافاتی با شرع ندارد.

در پایان عنوان می‌شود که برخی از حقوق‌دانان جهت دفاع از موقعیت اوراق مشارکت معتقدند که خرید و فروش این اوراق در واقع خرید و فروش دارایی فیزیکی است (موضوع مشارکت) و کاملاً حلال می‌باشد. لیکن به نظر نگارنده، تمامی اوراق بهادار حاکی از دین می‌باشند. گواه این بحث آنکه در تمامی اسناد تجاری بالاخص اسناد تجاری خاص (چک، سفته و برات) مبلغ مورد ذکر در سند از معامله پایه و اصلی جدا شده و خود یک ماهیت حقوقی بصورت یک دین مستقل می‌یابد از همین جهت است که ما در حقوق این اسناد با اصلی به نام اصل تجریدی (تجرد از پایه‌ی دین) بودن و همچنین تنجیزی (منجز بودن از پایه‌ی دین) بودن مواجه هستیم. هر چند ورقه مشارکت جزو اسناد تجاری خاص نمی‌باشد لیکن به طور قطع از سنخ اوراق بهادار و تبعاً نوعی سند تجاری محسوب می‌شود که مانند هم‌سلفان خود از معامله اصلی و پایه جدا شده و به خودی خود یک سند تجاری معتبر و مجزا و قابل معامله شمرده می‌شود. تضمین سود و بازپرداخت اصل دین نیز بر این ویژگی اوراق مشارکت صحه گذاشته و این اوراق در مبادله عملاً نقش وجه نقد را بازی می‌کند چه آنکه اسکناس نیز نوعی سند تجاری (ورقه بهادار)، حاکی از ارزشی مستتر و قابل مطالبه از نظام اقتصادی یک کشور است.

۲-۴-۴. تبانی در باز خرید اوراق

گاه پیش می‌آید که ناشر اوراق مشارکت جهت مرغوبیت یافتن اوراق و ایجاد تمایل عمومی نسبت به آن، اوراق را پیش از اتمام طرح یا سوددهی آن؛ باز خرید می‌نماید (برای دارندگانی که تمایل به فروش دارند) این عمل اهداف اقتصادی خاصی همچون بالا بردن ارزش ورقه و ایجاد اطمینان به سوددهی را نزد مشتری (خریداران اوراق) دنبال می‌نماید، اما در مورد صحت این باز خرید شبهه‌هایی در امامیه و اهل سنت مطرح می‌باشد.

«اگر شرط بازخرید صراحتاً در متن عقد بیاید به اتفاق همه فقها حرام و باطل کننده عقد می‌باشد، زیرا این شرط جهت معامله را نا مشروع کرده (بر مبنای قواعد فقهی) و براساس ماده ۲۱۷ ق.م.ا^۱ عدم مشروعیت جهت معامله موجب بطلان عقد می‌گردد.

اگر شرط بازخرید در ضمن عقد (بیع عینه) مطرح نگردد بلکه طرفین قبل از وقوع عقد به آن توافق کرده و سپس عقد را بر مبنای آن شرط منعقد سازند، در این صورت در صحت یا عدم صحت بیع میان فقهای، امامیه اختلاف نظر وجود دارد. برخی چون محقق حلی، علامه حلی عقد را در چنین موردی مکروه و برخی دیگر چون محقق اردبیلی و صاحب جواهر عقد و شرط را باطل دانسته‌اند» (حمود ۱۹۹۸، ۱۲۵).

علت این اختلاف در ارتباط با اعتبار یا عدم اعتبار شرط تبانی^۲ در عقد است، اگر شرط تبانی مقرر شده قبل از عقد مانند شرطی باشد که در متن عقد ذکر شود و در آن مؤثر باشد، در این صورت بطلان شرط به عقد سرایت کرده و آن را باطل می‌کند والا اگر به تأثیر شرط تبانی قائل نباشیم، عقد باطل نیست. فقهای نظیر محقق حلی و علامه حلی چون شرط تبانی در عقد را بی‌اثر دانسته، از این رو شرط بازخرید به نحو تبانی را موجب بطلان عقد نمی‌دانند، اما فقیهانی مانند محقق اردبیلی و صاحب جواهر که قائل به تأثیر شرط تبانی در عقد هستند، شرط بازخرید به صورت تبانی را مبطل عقد می‌دانند.

محقق اردبیلی در ارتباط با جمله علامه حلی که در قواعد گفته: «و یکره لو کان قصد هما ذلک و لم یشرطاه» می‌گوید: «مراد از «قصدهما» در مواردی که اعاده مبیع در فکر و قلب طرفین معامله باشد و آن را نه لفظاً گفته و نه در قصدشان باشد، بدین صورت که مشتری وقتی کالا را خرید دوباره به بایع بفروشد و این در ذهن و اندیشه بایع باشد و این نه به عنوان وفای به شرط بلکه از باب اعتماد و اطمینان به مشتری است، در چنین حالتی معامله صحیح ولی کراهت دارد. اما اگر طرفین قصدشان بر شرط بازخرید باشد و قبل از انجام عقد بر آن توافق و براساس آن عقد را منعقد سازند، ظاهر این است که معامله منعقد نمی‌شود، حتی اگر شرط را در متن عقد ذکر نکرده باشند» (محقق اردبیلی ۱۴۰۴، ۳۳۱ و ۳۷۲).

در خصوص سخن علامه صاحب جواهر چنین می‌گوید که: «در این صورت نیز عقد باطل است چون بنای آن دو در حقیقت مبتنی بر شرط است، اگرچه لفظاً آن را ذکر نکنند. آری اگر واقعاً طرفین چنین شرطی را در نیت و قصدشان نداشته و بر آن توافقی هم نکرده باشند ولی براساس اعتماد و توثیق به مشتری، بایع امیدوار به بازخرید آن از او باشد، در این صورت

^۱ ماده ۲۱۷ قانون مدنی: در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الامتعده باطل است.

^۲ شرطی که قبل از عقد طرفین بر التزام به آن توافق و عقد را براساس آن واقع ولی در متن عقد بدان تصریح نشود (موسوی‌بجنوردی ۱۳۸۹ق، ۲۵۲)

عقد صحیح بوده ولی مکروه است، هر چند به نظر برخی از فقیهان صحت این مورد نیز خالی از اشکال نیست.^۱ (نجفی ۱۴۰۱ق، ۳۱۵)

برخی از فقها معتقدند شرط تبانی همانند شرط ضمنی است و وفای به آن لازم است (بجنوردی ۱۳۸۹ق، ۲۵۳). از نظر شیخ انصاری اعتبار شروط تبانی به مقتضای قواعد فقهی است. (۱۴۱۰ق، ۲۱) و به نظر شیخ طوسی اصل بر جواز شرط تبانی بوده و عموم اخبار در مورد شرط شامل این مورد هم می‌شود. بنابراین از آنجا که شرط تبانی را از شروط صحیح و مؤثر در عقد می‌دانند، شرط باز خرید به نحو تبانی موجب بطلان بیع العینه می‌گردد.

با توجه به اعتبار شرط تبانی و تأثیر آن در عقد در صورتی که شرط باز خرید در بیع عینه مقصود طرفین باشد چه در متن عقد صراحتاً ذکر گردد و یا ذکر نگردد، در هر دو صورت معامله باطل است، زیرا شرط تبانی در حقیقت شرط ضمن عقد محسوب می‌شود. در ماده ۲۷۲ قانون مدنی نیز آمده که نامشروع بون جهت معامله در صورتی موجب بطلان معامله می‌شود که به آن در متن عقد تصریح شده باشد. مطابق با ماده ۱۱۲۸ ق.م^۱ که قانون‌گذار شرط تبانی را پذیرفته است، می‌توان گفت تبانی طرفین بر عدم مشروعیت جهت معامله در حکم تصریح بوده و موجب بطلان معامله می‌گردد.

در بیع عینه، در مواردی که قصد طرفین رسیدن به قرض ربوی است، غیر از شافعی، فقیهان اهل تسنن آن را جایز ندانسته‌اند. شافعی بر این باور است که کالای خریداری شده را همان گونه که به غیر فروشنده می‌توان فروخت، به خود فروشنده هم می‌توان فروخت (ابن قدامه ۱۴۰۸ق، ۴۵-۲۵۶). فقیهان شافعی در پی هم آمدن دو معامله را دلیل کافی نمی‌دانند برای این که حکم شود دو طرف قصد ربا داشته‌اند. (مصری ۱۴۲۲، ۱۷۲).

از نظر فقه مالکی (ابن رشد ۱۴۰۵ق، ص ۵۸) و حنبلی بیع العینه صحیح نیست، زیرا قصد طرفین معامله صحت و سقم قرارداد را تعیین می‌کند و در بیع العینه قصد طرفین غیر شرعی است. در این معامله از یک ابزار صحیح برای مقصد ناصحیحی استفاده می‌شود و آن عبارت از اخذ وام با بهره است که ربوی محسوب می‌شود. (ابن تیمیه بی‌تا، ۳۳۴) ابن قیم نیز که یک حنبلی مذهب است بیع العینه را صحیح نمی‌داند (ابن قیم بی‌تا، ۹۸-۹۹).

^۱ هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.

دلایل حرمت بیع عینه نزد فقهای اهل سنت که به آن استناد می‌کنند روایات ذیل است:

الف) دختر ایفیع بن شر حبیل نقل می‌کند: من و ام ولد زید بن ارقم و زن زید بن ارقم نزد عایشه رفتیم. ام ولد زید گفت: من برده‌ای را به ۸۰۰ درهم به زید بن ارقم تا زمان تقسیم فروختم. سپس آن را از وی به ۶۰۰ درهم نقد خریدم. عایشه گفت: چه بد خرید و فروشی انجام دادی، به زید بگو که ثواب جهادش در رکاب رسول خدا (صلی الله علیه و آله) از دست رفت، مگر آن که توبه نماید (شوکانی ۱۴۱۳ق، ۲۴۴). هر چند در این حدیث از رسول خدا (صلی الله علیه و آله) سخنی نقل نشده است، ولی گفته عایشه درباره این که کار زید موجب بطلان ثواب جهاد است، از نظر فقیهان اهل سنت، دلالت بر وجود نص نزد عایشه بر حرمت این کار دارد. این نص یا همان احادیث حرمت رباست که شامل این مورد هم می‌شود و یا این که عایشه به حدیث خاصی که درباره بیع عینه از پیامبر (صلی الله علیه و آله) شنیده، تمسک کرده است (شوکانی ۱۴۱۳ق، ۲۴۴).

برخی گفته‌اند: به نظر شافعی، حدیث عایشه صحیح نیست. علاوه بر این، وقتی دو تن از صحابه با یکدیگر اختلاف کنند، به قیاس رجوع می‌شود. (ابن رشد ۱۴۰۵ق، ۱۵۴).

ب) در روایتی از رسول خدا (صلی الله علیه و آله) نقل شده است: اذا ضن الناس بالدینار و الدرهم و تابعوا و اتبعوا اذئاب البقر و ترکوا الجهاد فی سبیل الله انزل الله بهم بلاء فلا یرفعه حتی یراجعوا دینهم. یعنی: زمانی که مردم به دینار و درهم بخل و ورزند و با آن معامله عینه کنند و ... جهاد در راه خدا را ترک کرده‌اند خداوند بر آنها بلایی نازل می‌کند و این بلا باقی می‌ماند تا این که مردم به دین خود از این امر بازگشت نمایند. این روایت با الفاظ دیگری هم نقل گردیده است (شوکانی ۱۴۱۳ق، ۲۴۴).

از نظر این فقیهان، معامله عینه آن گاه اشکال دارد که گرفتن زیادی مقصود باشد، اما اگر صورت معامله به گونه‌ای تغییر یابد که ربایی محقق نشود، اشکال ندارد؛ چنان که در فروض زیر حکم به جواز شده است:

- ۱- اگر در معامله دوم، کالا را به بیشتر از قیمت اولی آن معامله کند.
- ۲- اگر کالا را تغییر دهد، مثلا پارچه را قطعه قطعه کند؛ طوری که قیمت کالا کاهش یابد، سپس آن را به کمتر معامله کند.
- ۳- اگر کالایی را در مقابل کالایی به طور نسبی بفروشد، سپس همان را با سکه خریداری کند و یا عکس آن عمل کند، اشکال ندارد زیرا ربا بین کالا و پول نقد محقق نمی‌گردد.

۴- اگر جنس سکه ها تفاوت داشته باشد؛ برای مثال کالایی را به ۲۰۰ درهم نسیه بفروشد، سپس آن را به ۱۰ دینار نقداً بخرد، جایز است.

در این مورد چون جنس مختلف هستند، حنبلی ها آن را جایز می دانند، ولی ابوحنفیه آن را روا نمی داند، به این دلیل که هر نوع سکه ثمن هستند. ابن قدامه هم قول ابوحنفیه را پذیرفته است. (شوکانی ۱۴۱۳ق، ۲۴۵)

فروضی که بیان شد، مربوط به جایی است که نخست، معامله نسیه و سپس نقد انجام گیرد حال اگر عکس باشد، یعنی ابتدا کالایی را نقداً بفروشد و سپس همان را به قیمت بیش تر نسیه خریداری کند، احمد بن حنبل این کار را جایز نمی داند، مگر آن که جنس ها مختلف باشد. اگر سکه معامله تفاوت کند یا کالا تغییر یابد و یا به کمتر از ثمن اول، نسیه بخرد، جایز است (جزیری ۱۴۲۷، ۷۶).

ابن قدامه می گوید: احتمال دارد که خرید کالا به مقدار بیشتر از همان جنس ثمن جایز باشد، مگر این که حیلای برای رباخوار باشد که در این صورت حرام است، زیرا اصل اولی حلیت بیع است و روایت که بیع عینه را حرام کرده است، با این صورت تفاوت دارد. رباخواری بین مردم بیشتر به شکل معامله عینه است و معامله ای را که کمتر وسیله ای برای رباخوار می شود، نمی توان به آن قیاس کرد (شوکانی ۱۴۱۳ق، ۲۴۵)

به طور کلی بیع العینه فروش نقدی دارایی و باز خرید همزمان همان دارایی به صورت نسیه به قیمت بالاتر می باشد. مابه التفاوت قیمت نقدی با نسیه نشان دهنده سود آن است. در کشور مالزی اوراق قرضه اسلامی براساس بیع العینه طراحی و منتشر می شود و شرکت های نیازمند تأمین مالی با فروش نقدی دارایی های خود و خرید همزمان آن ها به قیمت بالاتر به صورت نسیه این نیاز خود را تأمین می کنند. از دیدگاه فقه امامیه چنانچه شرط باز خرید در متن عقد ذکر شود (که به اجماع علمای امامیه باطل است) و حتی اگر در متن عقد ذکر نشود ولیکن به صورت تبانی باشد نیز باطل است. با توجه به این که هدف از انتشار اوراق قرضه اسلامی تأمین مالی با نرخ ثابت است و شرط باز خرید جزء شروط اساسی این نوع معامله محسوب می شود بنابراین این نوع اوراق بهادار از نظر فقه امامیه پذیرفته نیست.

۲-۵. پرداخت سود علی الحساب

علیرغم تلاش تدوین کنندگان قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت بر مطابقت قوانین انتشار اوراق با شرع و قوانین اسلامی و اصرار آنان بر این که این مطابقت وجود دارد و مغایرتی در آن نیست، منتهی برخی از صاحب نظران در این حوزه، عقیده ای مخالف آن داشته و ایراداتی را بر آن وارد ساخته اند. لذا مهم است که این ایرادات بررسی تارفع شبهه گردد. از مهمترین این

عناصر سود علی الحساب اوراق مشارکت بوده و مشروع بودنش بسیار مهم می باشد. واضح است چنانچه نتوان بدون اشکال بودن آن را ثابت کرد، در این صورت خرید و فروش اوراق مشارکت نیز با اشکال رو برو شده و از پایه دچار مشکل خواهد گردید. از این جهت، شناخت ماهیت اصلی سود پرداختی بسیار مهم و اثبات مشروع بودن آن ضروری است.

۲-۵-۱. در صورت تفسیر بر مبنای عقد مشارکت

آنچه که در این جا مهم است ماهیت سود اوراق مشارکت است و جهت بررسی آن می بایست به واکاوی عقد مشارکت پرداخت چرا که ما معتقد به آنیم که اوراق، مطابق با عقد شرکت است، پس مشخص شدن شرایط سود در اوراق مشارکت سبب روشن شدن این ماهیت می گردد. اگر براساس نظر اکثر محققان، قرارداد مشارکت را براساس عقد شرکت تفسیر کنیم، سود این اوراق تا اندازه زیادی شبیه سود سهام خواهد بود، با این تفاوت که ناشر پیش از پایان یافتن طرح مورد نظر، بخشی از سود پیش بینی شده حاصل از اجرای طرح را به عنوان سود علی الحساب به دارندگان اوراق (سهامداران) پرداخت می کند و پس از پایان یافتن طرح مزبور و محاسبه دقیق سود تحقق یافته، ما به التفاوت سود قطعی و سود علی الحساب را به دارنده می پردازد و با پرداخت اصل مبلغ اسمی اوراق مشارکت، به شراکت دارندگان اوراق مشارکت پایان می دهد، ولی در شرکت سهامی چون پرداخت سود سهام منوط به تحصیل منافی توسط شرکت است، تضمین پرداخت سود سهام از سوی شرکت، قانونی نیست. (ستوده تهرانی ۱۳۷۶، ۸۱) ما در شرکت های سهامی طی سال های اخیر شاهد این موضوع هستیم که حتی ممکن است برای سالیان متوالی سودی بابت سهام خریداری شده به سهامداران (خریداران سهام) پرداخت نگردد و نه تنها تضمینی در مورد پرداخت سود در کار نیست بلکه بارها دیده ایم که قیمت سهام (سرمایه گذاری سهامداران) نیز از قیمت اسمی آن پایین تر آمده و سهامداران در سرمایه گذاری و خرید سهام زیان دیده اند. عده ای دیگر بر این عقیده هستند که می بایست قرارداد مشارکت را عقدی جدید و از مصادیق ماده ۱۱ قانون مدنی تلقی کرده و ماهیت اوراق مشارکت نیز بر همین اساس تبیین می شود، بدین صورت که خریدار اوراق، بخشی از منابع مالی یک پروژه اقتصادی را تقبل کرده است و به جای اینکه در اموال و دارایی های آن واحد اقتصادی شریک شود، در حاصل از اجرای آن پروژه شریک خواهد شد. (شیروی ۱۳۸۱، ۸۱) اما عده دیگری درباره ماهیت سود اوراق مشارکت معتقدند که خریداران اوراق با پایان پروژه مورد نظر، مالک آن خواهند شد و از این جهت، اوراق مشارکت مانند اوراق سهام شرکت های سهامی می شود و اگر دولت، به عنوان ناشر اوراق و مجری پروژه بخواهد از آن استفاده کند، باید اجازه استفاده از آن را به صاحبانش بپردازد و این سود صاحبان اوراق مشارکت خواهد بود که به نسبت معین بین آن ها تقسیم می شود. همچنین دولت می تواند بعد از تکمیل پروژه، آن را یک جا یا به تدریج

خریداری کند. روشن است در این صورت، به دلیل وجود ارزش افزوده در چنین طرح‌هایی قیمت آن بالاتر از هزینه‌های به کاررفته خواهد بود و این ما به التفاوت، همان سود صاحبان اوراق است. (موسویان ۱۳۸۶، ۱۵۱) به طور مثال، وزارت نیرو جهت ساخت نیروگاه‌های برقی اقدام به انتشار اوراق نموده و هر ماهه مبلغ معینی پول به عنوان سود علی‌الحساب به خریداران اوراق می‌پردازد. چنین پروژه‌های در این وسعت تنها توسط دولت انجام گرفته و در نتیجه نمی‌توان برای آنها به راحتی در بازار قیمت‌گذاری کرد. لذا در پایان طرح دولت آن را خریداری نموده که قیمت خرید آن شامل اصل مبلغ سرمایه‌گذاری شده توسط خریداران و سود علی‌الحساب پرداخت شده به آنان بوده و نه بیشتر و سپس به مشارکت پایان می‌دهد. برخی دیگر از محققان در جهت اثبات مشروعیت سود اوراق مشارکت، این چنین عنوان نموده‌اند که دولت می‌تواند براساس تجربه عملی حاصل از عملکرد سرمایه‌گذاری در طرح‌های عمرانی و افزایش ارزش افزوده این طرح‌ها و اطمینان عقلایی که کسب می‌کند و مورد وفاق خریداران اوراق مشارکت نیز هست، نرخ سود تضمین شده‌ای را برای اوراق مشارکت تعیین کند و با تعهد حقوقی و نه تضمین حقیقی به عنوان استفاده از عقد وکالت، این اطمینان را برای خریداران این اوراق ایجاد کند که دست کم به اندازه نرخ اعلام شده، ارزش افزوده حاصل خواهد کرد و چنانچه مواردی کم یا زیاده‌تر از این نرخ تحقق یابد، آن را جزء حق‌الوکاله کارگزاران اوراق مشارکت قرار دهد. (عیوضلو ۱۳۷۷، ۱۹۳) البته این نظر درست نیست چرا که طبق عقد شرکت یکی از شرکا می‌تواند تضمین کند اگر فعالیت تجاری یا اقتصادی با زیان مواجه شد، پرداخت خسارت شرکای دیگر را به عهده گیرد اما بابت پرداخت سودی که هنوز حاصل نشده نمی‌تواند تضمینی بدهد؛ به عبارت دیگر، سقف تعهد و تضمین یک شرکت، به عهده گرفتن اصل سرمایه به صورت شرط فعل است، بنابراین تضمین حقیقی برای پرداخت سودی که حاصل نشده است، معنایی نخواهد داشت. برخی از نویسندگان در تبیین ماهیت فقهی و حقوقی سود علی‌الحساب گفته‌اند: این سود که به دارنده اوراق مشارکت پرداخت می‌شود، در واقع نوعی قرض است که پس از پایان طرح و محاسبه سود قطعی از این سود برداشت می‌گردد. (سرآبادانی ۱۳۷۹، ۱۵۰) به عبارت دیگر، ناشر اوراق به اندازه حداقل نرخ بازده انتظاری براساس زمان‌بندی مشخص به صاحبان اوراق قرض می‌دهد و در سررسید اوراق مشارکت که می‌خواهد طرح را از صاحبان اوراق خریداری کند، طلب را از بابت پرداخت سود علی‌الحساب کم می‌کند و باقیمانده را به آنها تحویل می‌دهد؛ بنابراین ماهیت سود علی‌الحساب، قرض خواهد بود و چون متناسب با بازده انتظاری است، نام سود بر آن گذاشته شده است. (صابرنیا ۱۳۸۷، ۵۲) مطابق این نظر، سود علی‌الحساب پرداخت شده توسط ناشر، به دارندگان اوراق تملیک شده و در پایان طرح این سود پرداخت شده از سود قطعی کسر و سپس قرض داده شده پس گرفته می‌شود. اما نمی‌توان این نظر را قبول کرد چرا که

در هیچ کجای قوانین و آیین نامه انتشار اوراق مشارکت سخنی از قرض و تملیک منابع به دست آمده از فروش این اوراق به میان نیامده است و ناشر اوراق مشارکت، قصدش تملیک علی الحساب سود به خریداران بوده است.

در هر حال هر کدام از این دیدگاه‌ها را که بپذیریم تاثیر مستقیمی در ماهیت سود اوراق خواهد گذاشت اما چیزی که در همگی آن‌ها یکسان می‌باشد این است که در پایان طرح، خریداران اوراق مشارکت در سود حاصل از طرح سهیم می‌باشند. در هر حال در پرداخت سود علی الحساب اوراق مشارکت ابهاماتی وجود دارد و می‌بایست برای حل این ابهامات چاره‌ای اندیشیده شود.

ماهیت سود علی الحساب در اوراق مشارکت یکی از بحث برانگیزترین مسئله در اوراق مشارکت است. تضمین این سود سبب شده که نظر افرادی را که انتشار اوراق مشارکت را برپایه عقد شرکت دانسته‌اند را دچار چالش نماید. بانک یا ناشر اوراق مشارکت، قبل از اتمام طرح و جوهی را در سرسیدهای مشخص به عنوان سود علی الحساب به دارندگان اوراق می‌پردازد و تعهد می‌کند چنانچه در پایان طرح و مشخص شدن سود قطعی، جمع سودهای علی الحساب پرداختی از سود قطعی کم تر بود ما به التفاوت این سود را به خریداران اوراق پرداخت نماید. برعکس چنانچه سودهای علی الحساب دریافتی توسط خریداران اوراق از سود قطعی پایان طرح بیش تر بود، آنان (خریداران اوراق) نیز موظفند این اضافه دریافت را به ناشر یا بانک باز گردانند. قانونگذار چگونگی محاسبه و پرداخت این سود قطعی^۱ پایان طرح را در آیین نامه‌های مربوط به انتشار اوراق مشارکت بیان کرده است. اما بندرت برخی از ناشران اوراق مشارکت به محاسبه این سود قطعی در پایان طرح مبادرت ورزیده و مابه‌التفاوت سود قطعی با سودهای علی الحساب را به دارندگان اوراق پرداخته‌اند و در اکثر موارد این امر صورت نمی‌گیرد. مشکل اصلی این است که ناشر اوراق خود به عنوان ضامن، پرداخت سود علی الحساب را تضمین می‌نماید و چنانچه در پایان، طرح با زیان و یا بدست آوردن سود کمتری نسبت به سودهای پرداختی مواجه شد، بازپس گیری سود علی الحساب غیر ممکن است چرا که ممکن است خریداران اولیه اوراق قبل از سررسید، اوراق خود را به دیگران فروخته و سود علی الحساب خود را تا تاریخ فروش دریافت کرده و در اینجا خریدار جدید می‌ماند و زیان حاضر که باید پردازد و این نه تنها ممکن نیست بلکه عادلانه نیز نمی‌باشد. برخی از صاحب نظران معتقدند که اگر ویژگی «عدم قطعیت» از سود علی الحساب گرفته شود، بهره و سود علی الحساب یکی شده و اوراق مشارکت همانند اوراق قرضه ماهیت ربوی به خود

^۱ ماده ۱۳: میزان سود قطعی قابل پرداخت به دارندگان اوراق، پس از خاتمه اجرای طرح توسط امین طرح ظرف پنج ماه پس از سررسید نهایی محاسبه و به تأیید بانک مرکزی خواهد رسید.

خواهد گرفت (سلامی ۱۳۷۴، ۸۹). لذا بکارگیری عبارت «سود علی الحساب تضمین شده» در سیستم بانکداری کشور اصطلاحی است که به غلط بکار برده می‌شود. همچنین اگر عبارت «تضمین شده» را برای سود علی الحساب پرداخت شده به صاحبان اوراق بکار بریم، دیگر قید «علی الحساب» مفهوم واقعی خود را نداشته و بی‌معنی خواهد بود. به عقیده آنها در دنیا چیزی به نام «تضمین اقتصادی» وجود ندارد و احتمال زیان یا برخورداری از سود کم‌تر از انتظار، جزء لاینفک سرمایه‌گذاری است. از این رو، برای تبدیل سود علی الحساب به بهره، کافی است سپرده‌گذار را از قطعی بودن مبلغی که به عنوان سود علی الحساب دریافت داشته است، مطمئن کرد، زیرا تفاوت میان بهره و سود علی الحساب فقط در بودن یا نبودن عنصر «اطمینان» است. اگر سپرده‌گذار به گونه‌ای مطمئن شود که سود علی الحساب دریافتی حتی در صورت عدم حصول سود واقعی در عملیات سرمایه‌گذاری از او بازپس گرفته نخواهد شد، در آن صورت، سود علی الحساب دقیقاً همانند بهره خواهد بود. (حسین‌زاده بحرینی ۱۳۷۶، ۱۵۵ و ۱۵۷) در پاسخ به این اشکال، گفته شده است که امروزه پیش‌بینی‌های اقتصادی به اندازه‌ای دقیق است که بیش‌تر مردم با اعتماد به این پیش‌بینی‌ها نسبت به انجام فعالیت‌های اقتصادی اقدام می‌کنند و موارد نادری که پیش‌بینی با واقعیت انطباق ندارد، قابل اعتنا نیست. به همین دلیل است که اساساً تا زمانی که بانک مرکزی سودآوری پروژه مربوط به اوراق مشارکت را احراز نکند، مجوز انتشار آن را صادر نخواهد کرد، ضمن این که طبق قانون، امین نسبت به مصرف وجوه، حساب‌های مالی و عملکرد ناشر، نظارت مستمر دارد. هم‌چنین امروزه خطرات مهندسی و خطرات ناشی از حوادث غیرمترقبه مثل سیل و زلزله نیز به وسیله انواع بیمه‌ها پوشش داده می‌شود، بنابراین اصل سرمایه و تا اندازه‌ای سود مورد انتظار را می‌توان به صورت واقعی تضمین کرد. (موسویان ۱۳۸۶، ۱۵۱) البته این جواب پاسخ مقبولی نیست چرا که همیشه پیش‌بینی قطعی در خصوص فعالیت‌های اقتصادی درست از آب در نمی‌آید زیرا عوامل خارجی از جمله روابط بین‌الملل در عرصه جهانی، نوسانات نرخ ارز، عوامل غیرمترقبه و ... سبب به هم خوردن این پیش‌بینی‌های دقیق می‌گردد. حال اگر شخص ثالثی در این میان همانند بانک عامل تعهد نماید که در انتهای طرح، سهم‌الشرکه خریداران اوراق مشارکت را به قیمتی خریداری کند که این قیمت شامل اصل سرمایه و مبلغ سود مورد انتظار اوراق باشد، در حقیقت بانک عامل سرمایه‌گذاری دارندگان اوراق مشارکت را در طرح تضمین کرده و در اینجا می‌توان گفت که به کار بردن واژه سود علی الحساب دیگر چیز غریبی نخواهد بود.

برخی از صاحب‌نظران در این مقوله بیان داشته‌اند اگر تضمین سود سرمایه به معنای تضمین آن در هر صورت باشد، چه طرح واقعاً سودی به دنبال داشته باشد و چه نداشته باشد، این مسئله با مقتضای مشارکت منافات دارد و در واقع مانند «ریا» یا

«حیله در ربا» خواهد بود. (هادوی تهرانی ۱۳۷۸، ۱۵۰) همان طور که بیان گردید، به عقیده این دسته از پژوهش‌گران، منظور قانون‌گذار از تضمین، تضمین اصل عملیات است؛ بدین معنا که اگر از فعالیت اقتصادی، سودی به ثمر نشست، ناشر سهم متعلق به سرمایه‌گذار را پردازد و چنانچه از انجام این کار خودداری کند، بانک عامل پرداخت سود مزبور را به عهده می‌گیرد. به همین دلیل است که برخی از محققان که اوراق مشارکت را از ابزارهای مالی اسلامی می‌دانند، چگونگی محاسبه سود قطعی اوراق مشارکت را دارای ابهام دانسته و بیان داشته‌اند که در اغلب موارد، فروش اوراق مشارکت با تبلیغات گسترده‌ای به وسیله رسانه‌ها صورت می‌پذیرد، ولی پس از فروش، هیچ گزارش رسمی از پیشرفت، موفقیت، میزان سوددهی، ارزش افزوده و سود واقعی صاحبان اوراق منتشر نمی‌شود. بانک‌های عامل بدون ارائه هیچ اطلاعاتی در سررسیدهای مقرر، سود علی‌الحساب و اصل سرمایه را به صاحبان اوراق برمی‌گردانند. این مسئله باعث شده است تا سرمایه‌گذاری در اوراق مشارکت از جهت شرعی و اقتصادی محل تردید باشد. (موسویان ۱۳۸۶، ۴۳۱) البته باید اذعان کرد که این نظر که منظور، تضمین اصل عملیات است قابل قبول نیست زیرا در زمانی که سود دهی طرح کمتر از پیش بینی انجام گرفته در قبل باشد، امکان اخذ سود اضافه پرداختی عملاً وجود ندارد. همان طور که در ماده ۱۵ آیین نامه اجرایی جزء (ب) بند ۳ ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۸۹ کل کشور بیان گردیده که: «چنانچه پروژه کمتر از سود علی‌الحساب پیش‌بینی شده عملکرد داشت، ناشر موظف است تفاوت حاصل شده را به دارندگان اوراق مشارکت ارزی هبه نماید». پس مشاهده می‌گردد منظور از تضمین، نه ضمانت اصل عملیات بلکه تضمین سود علی‌الحساب می‌باشد. گروهی معتقدند برای حل شبهه شرعی اوراق مشارکت، دولت اوراق مشارکتی منتشر کند که در آن هیچگونه ضمانتی به وسیله ناشر، نه برای اصل سرمایه و نه برای بازده آن، منظور نشود و خریداران در سود و زیان پروژه شریک شوند. (علوی ۱۳۸۸، ۱۵۱) درست است که این اوراق فاقد مشکل شرعی است؛ ولی نمی‌تواند نقدینگی افرادی که ریسک‌پذیر نیستند را جذب نماید.

بنابراین می‌توان گفت که تضمین سود بنا بر آنچه در بخش فقهی تحقیق گذشت چه از منظر فقه امامیه، چه از منظر مذاهب اربعه؛ به هر عنوان که باشد (سود قطعی، سود علی‌الحساب) همین که اطمینان به ایجاد سود را ایجاد نماید، با شبهه شرعی مواجه است حتی اگر اوراق مشارکت بر مبنای عقد شرکت تفسیر و تبیین گردد.

۲-۵-۲. در صورت تفسیر بر مبنای عقد قرض

پرداخت سود علی‌الحساب معمولاً به صورت شرط ضمن عقد صورت می‌گیرد؛ در صورتی که ورقه‌ی مشارکت را برخلاف ظاهر و نام آن بر اساس عقد قرض تفسیر نماییم هر نوع شرط تضمین‌کننده را باید باطل دانست.

شرط که در تمام معاملات از قبیل: بیع، اجاره، نکاح، صلح، قرض و ... جاری است یک موقع در متن قرارداد ذکر می‌شود که به این نوع شرط، شرط صحیح می‌گویند. ولی گاهی قبل از قرارداد، مذاکراتی و شرایطی ذکر می‌شود و بر آن توافق می‌کنند، سپس صیغه عقد بدون تصریح آن شرایط، ولی با توجه به آن شرایط اجرا می‌گردد. این شرط را شرط مبنی علیه‌العقد یا شرط مضمّر می‌نامند؛ و به دلیل اینکه قبلاً به آن شرط توافق شده و یا آن شروط کاملاً واضح و روشن است در ضمن قرارداد ذکر نمی‌شود. به هر حال هر گونه شرط اضافه به این دو صورت یعنی شرط مبنی علیه‌العقد و یا شرط صریح در قرارداد وام دخیل گردد حرام است.

ربای قرضی در تمام اجناس سه‌گانه (مکیل و موزون، معدود- در معدود اختلاف نظر است-) جاری است (سرخسی ۱۴۰۶ق، ۱۶۱). نمونه روشن و مشخص معدود، در عصر و زمان ما اسکناس است که ربای قرضی در آن جریان دارد که اگر مقداری اسکناس وام دهند که بیش از آن را بگیرند حرام است.

در رابطه با فقهای امامیه چند نظریه زیر مبین دیدگاه مذهب شیعه پیرامون این موضوع خواهد بود.

شهید اول، در مورد شرط نفع در قرض می‌فرماید: شرط نفع در آن جایز نیست و اگر چنین قرضی واقع شود باطل است و مفید ملک نمی‌باشد. حتی اگر شرط کرده باشد که در برابر قرض دادن دینار شکسته، دینار سالم بگیرد هم جایز نیست (مکی عاملی (شهید اول) ۱۴۱۴ق، ۱۳۲).

علامه حلی، در تبصره می‌فرماید: هر کس در قرض شرط زیاده کند که بیشتر یا بهتر از آنچه را که می‌گیرد پس دهد حرام است. چه جنس مکیل و موزون باشد چه نباشد و حرمت آن از ضروریات دین است و قرآن در آن صریح می‌باشد (حلی ۱۴۱۵ق، ۳۸۰).

شهید ثانی، می‌گوید: چنین قرضی با شرط کردن نفع، جایز نیست خواه مورد قرض از کالاهای ربوی باشد و خواه نباشد و خواه نفع مزبور، زیادی در عین باشد و یا زیادی در منفعت (شهید ثانی ۱۴۱۴ق، ۱۲۸).

شیخ طوسی، در مبسوط می‌فرماید: حرام آن است که قرض دهنده به قرض گیرنده شرط زیادی و نفع بکند و فرق نمی‌کند شرط زیادی در صفت مال القرض باشد یا مقدار آن ... اگر قرض دهنده به قرض گیرنده شرط کند که اگر بهتر از آن بهتر از آن چیزی را که قرض گرفته، هنگام ادای دین بپردازد این کار حرام است (شیخ طوسی ۱۳۷۷ق، ۱۶۱).

شاید به همین دلیل است که فقهای شیعه از ابتدا با اوراق قرضه مخالفت می نمودند. همانطور که از نظریات فوق برمی آید. اگر این اوراق به شکل عقد قرضی باشد که مبلغ سود آن نیز تضمین شده است بدون شک در دسته معاملات ربوی قرار می گیرد.

در رابطه با مذاهب اربعه نیز نظریات ذیل قابل ذکر است.

مذهب حنفیه:

اگر قرض گیرنده بهتر از آنچه را که قرض گرفته، پس دهد، دو حالت متصور است:

حالت اول: اینکه شرط شده باشد که حتماً بهتر از مال القرض را پس دهد، که در این صورت حرام است زیرا در حکم شرط منفعت در قرض است.

حالت دوم: اینکه شرط نشده باشد که در این صورت اشکالی ندارد زیرا در اداء دین، نیکوترین شیوه سفارش شده، همین است و این امر بر قرض گیرنده مستحب است و شرح آن در حدیث عطاء به این مضمون آمده است که گفت: پیامبر (ص) از مردی چند درهم قرض گرفت و هنگام اداء، بهتر از آن را پس داد، آن مرد گفت: آیا بهتر از آن را پس می دهی؟ حضرت فرمود: این نیکوتر بوده و حلال است.

و نیز علاء در جای دیگری گفته است: ابن زبیر در مکه از تجار کاغذ می گرفت و در حیره و کوفه بهتر از آن را پس می داد، عطاء از ابن عباس در این رابطه سوال کرد: آیا اشکالی ندارد که به آنها بهتر را پس می دهد؟ ابن عباس گفت: نه اشکالی ندارد، چون شرط نشده است (جزیری ۱۴۲۷ق، ۳۰۰).

مذهب شافعیه:

برخی از شافعیان برآنند که بهتر است قرض گیرنده بدون شرط شدن، بهتر از مال القرض را پس دهد و برخی دیگر نیز برآنند که اگر عرف و عادت این باشد، جایز نیست، نیز باید مانند مبیع اندازه اش معلوم و سلم آن صحیح است (جزیری ۱۴۲۷ق، ۳۰۴).

مذهب مالکیه:

حرام است در قرض شرطی بگذارند که منجر به عاید شدن منفعت گردد مثلاً قرض دهنده شرط کند که ضعیف قرض دهد ولی سالم پس بگیرد، پس صحیح نیست که گاوی ناتوان از شخم زدن را قرض دهد و شرط کند که به جای آن گاوی توانا پس بگیرد (جزیری ۱۴۲۷ق، ۳۰۷).

مذهب حنابله:

جایز نیست در قرض امر منجر به حصول منفعت برای مقروض شرط شود (جزیری ۱۴۲۷ق، ۳۱۰).

همانطور که ملاحظه می‌شود حتی در عقد قرض نیز، آنچه مذموم‌تر می‌باشد، شرط زیاده، تضمین و در واقع اطمینان خاطر قرض دهنده به بازآوری سود می‌باشد تا خود مسئله‌ی زیاده یعنی قرض گیرنده می‌تواند بنا بر تمایل خود مقدار زیادتری پس دهد. اما آیا می‌توان سود مشارکت را بر مبنای هدیه‌ی ناشر به دارنده تفسیر نمود؟

فقه‌های امامیه معتقدند:

اگر گرفتن هدیه در عقد قرض شرط شده باشد، مسلماً ربا و حرام است؛ اما اگر قرض کننده بدون شرط قبلی هدیه بدهد، می‌تواند قبول کند. همچنین مهمان شدن نزد بدهکار و استفاده از امکانات مادی وی اگر به نحو متعارف باشد، اشکالی ندارد. این مسأله مضمون روایات متعددی است، از جمله:

«سئل ابو جعفر (ع) عن الرجل یكون له علی الرجل الدرهم و المال فیدعوه الی طعامه او یهدی له الهدیه قال: لا باس؛» از امام باقر (ع) در مورد مردی سوال شد که از کسی مال و درهم‌هایی طلب دارد و بدهکار او را به طعامی دعوت می‌کند یا هدیه‌ای به او می‌دهد. امام باقر (ع) فرمود: اشکالی ندارد (جزیری ۱۴۲۷ق، ۱۰۷).

جمیل بن دراج عن ابی عبدالله (ع): فی الرجل یا کل عند غریمه او یشرب من شرابه او یهدی له الهدیه قال: لا باس به؛ جمیل بن دراج از امام صادق (ع) درباره مردی سوال کرد که از طعام بدهکار خود می‌خورد و از نوشیدنی او می‌نوشید، یا بدهکار به وی هدیه می‌دهد، امام صادق (ع) فرمود: اشکالی ندارد (بروجردی ۱۴۱۰ق، ۳۳۲).

عن سماعه قال: «سالت ابا عبدالله (ع) عن الرجل ینزل علی الرجل و له علیه دین ایاکل من طعامه فقال: نعم یاکل من طعامه ثلاثه ایام ثم لا یاکل بعد ذلک شیئاً؛ سماعه می‌ید: از امام صادق (ع) در مورد مردی سوال کردم که نزد بدهکار خود مهمان می‌شود، آیا می‌تواند از طعام او بخورد؟ آن حضرت (ع) فرمود: ولی، تا سه روز می‌تواند از طعام او بخورد، اما بعد از آن چیزی نخورد» (بروجردی ۱۴۱۰ق، ۳۳۲).

حنفیه: معتقدند اگر قرض گیرنده به خاطر قرضی که کرده و مالی که از قرض دهنده گرفته، به او هدیه بدهد جایز نیست و مصداق منفعت در قرض می‌باشد (سرخسی ۱۴۰۶ق، ۳۵).

شافعیه: می‌گویند قرض گیرنده می‌تواند هدیه‌ای را که قرض دهنده با و می‌دهد در صورتی که پرداخت هدیه در عقد

قرض شرط نشده باشد، بپذیرد و اشکالی در آن نیست (شوکانی ۱۴۱۳ق، ۳۵۲).

مالکیه: می‌گوید جایز نیست قرض دهنده هدیه را قبول کند مگر این که این کار بین آن دو متعارف باشد و قرض دهنده بداند هدیه دادن قرض گیرنده به او خاطر بدهی اش نمی‌باشد که در این صورت اشکالی ندارد.

حنابله: قبول هدیه‌ای که قرض گیرنده، بعد از پرداخت قرض خود به قرض دهنده می‌دهد جایز است (نوی‌الدمشقی ۱۴۱۰ق، ۲۷۹).

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت هر نوع زیاده‌ی اطمینان بخش و تضمینی به هر عنوان جایز نمی‌باشد.

۲-۶. تمدید در سررسید

تمدید اوراق مشارکت به معنای اضافه نمودن مدتی است که طی آن مجری پروژه متعهد شده است که سود حاصل از مشارکت را به دارندگان اوراق مشارکت تملیک نماید. تمدید اوراق مشارکت ممکن است علل مختلفی داشته باشد لیکن اصلی‌ترین دلیل تمدید سررسید اوراق مشارکت، به بهره‌برداری نرسیدن طرح مورد مشارکت در زمان پیش‌بینی شده در اوراق است.

برای بررسی فقهی اوراق قابل تمدید، اولاً باید مشروعیت اختیار تمدید مشخص شود، ثانیاً مشخص شود که منضم نمودن این اختیار به اوراق بهادار اسلامی با قواعد عمومی قراردادها و شرایط خاص هر کدام از اوراق منافاتی نداشته باشد.

۲-۶-۱. اعتبار فقهی تمدید در سررسید

اختیار مذکور در اوراق قابل تمدید، از نوع اختیارات تبعی محسوب می‌شود، بدین معنا که این اختیار غیرقابل معامله و غیرقابل تفکیک از اوراق است و به عنوان یک شرط ضمن قرارداد پایه اوراق مطرح می‌شود. شرط تمدید قرارداد به تنهایی و به طور کلی یک شرط صحیح است و در تناقض با الزامات صحت شروط نیست. یعنی قدرت بر وفای شرط وجود دارد، غرض عقلایی بر آن متصور است، مخالف کتاب و سنت نیست، مجهول نیست و مخالف مقتضای عقد نمی‌باشد (موسویان ۱۳۸۶، ۲۳۷). همچنین چنین شرطی که ملازم با امر حرامی نمی‌باشد، منجز است و مستلزم امر محالی نیز نمی‌باشد و در قرارداد نیز ملتزم به آن شده باشد شرایط صحت را دارا می‌باشد (بجنوردی ۱۴۰۱ق، ۴۱۱). بحرانی به نقل از علامه حلی در کتاب تذکره، در مورد وجوب وفای به شرط ضمن عقد با استناد به ادله عامه از روایات ادعای اجماع کرده است (بحرانی ۱۴۰۵ق، ۳۱). بنابراین شرط اختیار تمدید برای یک طرف معامله ایجاد حق و برای طرف دیگر موجب ایجاد تعهد به تمدید و ادامه قرارداد است. شرط تمدید در معامله یک شرط فعل و از نوع فعل حقوقی است؛ به این معنا که شرط انجام دادن یک

فعل حقوقی (که در اینجا انعقاد قرارداد جدید یا تمدید قرارداد است) در ضمن قرارداد شرط می‌شود (محقق داماد ۱۴۰۸ق، ۴۶). لذا شرط تمدید در قرارداد را می‌توان یک شرط فعل صحیح و لازم‌الوفاء برای طرفین دانست؛ لیکن تحقق صحت شرط مذکور، منوط به عدم ایجاد تعارض با شرایط عمومی صحت قراردادها است که در ذیل به تفصیل اشاره به آن خواهد شد.

تمدید مهلت قرارداد را می‌توان از جمله مصادیق تعدیل قراردادی بیان کرد. تعدیل قراردادی به معنای «اصلاح یا مستند به توافق طرفین است و یا مستند به قانون (جمعی از مولفین ۱۳۸۴، ۹۷). در اینجا میان تعدیل و تبدیل قرارداد تفاوت وجود دارد. تبدیل تعهد، یعنی تعهد و قراردادی که در گذشته بوده، ساقط، و تعهدی جدید جایگزین آن گردد (امامی ۱۳۸۲، ۳۳۶). تفاوت بنیادین تبدیل تعهد موضوع، تغییر جوهری و ذاتی یافته، قرارداد نخستین نابود و تعهدی تازه پیدا می‌شود. در حالی که تغییر حادث در پی تعدیل، در حریم جوهره و ذات موضوع راه نمی‌یابد.

دکتر سنه‌وری از نویسندگان عرب معاصر در این باره می‌نویسد: تبدیل تعهد در قانون روم، مطابقت با تعدیل قرارداد داشته است؛ زیرا در آن قانون موضوع تعهد تغییر نمی‌یافت بلکه شکل آن تغییر می‌کرد. گاه این نتیجه یا تغییر به صورت یک عنصر غیرجوهری مانند اضافه نمودن مدت یا وثیقه سپاری و ... رخ می‌داده. بنابراین تبدیل تعهد، در حقوق روم قدیم بیشتر شباهت به دستکاری در شکل و ظاهر تعهد داشت تا تغییر موضوع و طبیعت آن، اما در قانون جدید، در تبدیل تعهد، در موضوع تعهد تغییر جوهری راه می‌یابد تا آنجا که تعهدی جدید جایگزین سابق می‌شود (سنه‌وری ۱۹۸۸، ۱۳۶).

نویسندگان براساس همین تفاوت بارز میان تعدیل و تبدیل قرارداد، مواردی از تغییر موضوع، همچون اضافه کردن مدت به تعهد سابق (در رابطه با تحویل موضوع) تمدید یا الغای مدت، تبدیل سند تجاری به سند دیگر (به انگیزه افزایش زمان) را از حوزه تبدیل خارج و مشمول عنوان تعدیل می‌دانند (جمعی از مولفین ۱۳۸۴، ۹۹). بنابراین در آنجا که تعدیلات قراردادی منجر به تغییر جوهری در موضوع قرارداد نشود تعدیل قرارداد رخ داده است. تفاوت دیگری که میان تبدیل و تعدیل قراردادی رخ می‌دهد ماهیت عقدی بودن تبدیل تعهد و عدم اختصاص تعدیل به چنین قیدی است؛ چرا که عنصر توافق در تبدیل تعهد دخالت داشته و این عمل جز با اراده دو طرف محقق نمی‌گردد. به همین خاطر آن را نوعی قرارداد معوض می‌دانند که دو مورد آن یکی سقوط تعهد سابق و دیگری پیدایش تعهد جدید است و مانند عوضین در هر معامله بین آن دو ملازمه وجود دارد (امامی ۱۳۸۲، ۱۰۰).

در مورد اوراق بهادار اسلامی قابل تمدید، اینکه آیا تمدید مدت قرارداد منجر به ایجاد تفاوت ماهوی در موضوع عقد پایه اوراق می‌گردد و تمدید تبدیل قرارداد را به همراه دارد یا اینکه این تغییر ماهوی نبوده و یک تعدیل قراردادی است نیاز به

تفکیک میان هر یک از اوراق بهادار اسلامی و بحث به تفصیل در مورد هر یک خواهد داشت. لیکن در اینجا به فراخور موضوع اوراق مشارکت بررسی می‌شود.

۲-۶-۲. اوراق مشارکت تمدیدپذیر

در اوراق مشارکت با قابلیت تمدید، بانی به عنوان یکی از شرکاء پروژه به دیگر شرکاء که همان دارندگان اوراق هستند این اختیار را می‌دهد که مدت زمان مشارکت را برای یک دوره دیگر تمدید کنند. همچنین این حق اختیار می‌تواند توسط دارندگان اوراق به بانی داده شود. در مورد اوراق مشارکتی که در زمان سررسید اوراق، پروژه تکمیل نشده باشد و یا به مرحله بهره‌برداری نرسیده باشد، ارزش خرید پروژه ممکن است کمتر از پروژه‌ای باشد که به بهره‌برداری رسیده است؛ لذا سرمایه‌گذاران در این حالت ترجیح می‌دهند سررسید اوراق خود را به تعویق انداخته و از سود ناشی از تکمیل پروژه ندارد. بنابراین در دوره تورمی در صورتی که طرح دارای توجیه اقتصادی باشد، تمدید مدت اوراق به نفع هر دو طرف شراکت خواهد بود. در قانون اوراق مشارکت، زمان خاصی که نشان دهنده سررسید مشارکت در طرح باشد تعیین نشده است، اما رویه عملی اوراق منتشر شده، طی سال‌های گذشته با سررسید شش ماه تا پنج سال بوده‌اند. این به آن معنی است که ناشر اوراق مشارکت براساس برنامه‌ریزی مشخص، در سررسید، سهم صاحبان اوراق مشارکت از طرح را براساس قیمت واقعی بازار یا قیمت توافقی خریداری کرده و به مشارکت پایان می‌دهد (موسویان ۱۳۹۱، ۶۲۴).

شرکت عبارتند از اجتماع حقوق مالکان در شیء واحد به نحو اشاعه (حلی ۱۴۱۴ق، ۳۰۷)، مشارکت عقد جایزی است که طرفین با رعایت غبطه دیگری می‌توانند به گونه‌ای که می‌خواهند و تا زمانی که می‌خواهند در آن تصرف کنند و اگر به وقت و محل خاصی مقید شود، ملزم به رعایت آن هستند (کرکی ۱۴۰۹ق، ۱۹۵) و هر کدام از شرکاء هر وقت بخواهند می‌توانند از شراکت خارج شوند (شیخ مفید ۱۴۱۳ق، ۶۳۱). در اوراق مشارکت با تمدید سررسید، تغییری در موضوع پروژه پدید نمی‌آید و رویداد حقوقی جدیدی شکل نمی‌گیرد بلکه همان مشارکت قبلی با همان مفاد ادامه می‌یابد. از طرفی زمان از ارکان مشارکت نیست که گفته شود با کمتر یا بیشتر شدن زمان، مشارکت به چیز دیگری تبدیل می‌شود و یا با عدم قید زمان، عقد مشارکت باطل شود. طبق ماده ۵۸۶ قانون مدنی «اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد هر یک از شرکاء هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع کند». شرکت می‌تواند مدت‌دار و یا با فرض نامحدود بودن زمان شرکت ایجاد شود، مانند شرکت‌های سهامی عام که فرض بر تداوم فعالیت شرکت است. اگر برای شرکت مدتی قرار دهند، لازم نمی‌شود و هر دو طرف می‌توانند در قبل از انقضاء به مشارکت خود پایان دهند (موسوی‌خمینی ۱۴۲۵ق، ۵۹۰). بنابراین همانطور که گفته

شد، تمدید قرارداد در مشارکت، تعدیل قراردادی محسوب می‌شود، به این معنا که انحلال شرکت برای مدت زمان مشخص شده به تعویق می‌افتد و سرمایه‌گذاران از سود سرمایه‌گذاری طی دوره دوم بهره‌مند می‌شوند.

با توجه به مجموع آنچه که بیان شد، به نظر نگارنده، تمدید در سررسید اگر جنبه اجباری به خود نگیرد صحیح است. از سوی دیگر، در صورتی که عقد مشارکت و اوراق مشارکت را شرعی بدانیم؛ تمدید آن در سررسید هم می‌تواند بلااشکال باشد.

فصل سوم: بررسی حقوقی اوراق مشارکت

فصل پیش‌رو مطرح‌کننده بُعد حقوقی این پژوهش می‌باشد. طی این قسمت به بررسی قواعد حقوقی و قانونی پیرامون انتشار، خرید و فروش، ماهیت و ... اوراق مشارکت می‌پردازیم.

۳-۱. بایسته‌های انتشار اوراق مشارکت

جهت انتشار اوراق مشارکت باید، ضابطه‌های قانونی رعایت شوند که در تمامی انواع اوراق مشارکت مشترکند و در موضوع بحث این قسمت هستند.

۳-۱-۱. مداخله بانک مرکزی

از ویژگی‌های اوراق مشارکت این است که، فقط به موجب قانون یا مجوز بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران قابل انتشار است و مثل سهام و اوراق قرضه راساً توسط شرکت‌ها، بدون مجوز بانک مرکزی، قابل صدور و انتشار نمی‌باشد، اوراق مشارکتی که توسط خود دولت منتشر می‌شود، باید انتشار و میزان آن در قانون بودجه آن سال گنجانده و توسط مجلس در قالب قانون، اجازه انتشار داده شود و بدون تصویب مجلس، دولت نمی‌تواند به صدور اوراق مشارکت بپردازد، که این امر در ماده ۱ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت به این صورت بیان شده است: «به منظور مشارکت عموم در اجرای طرح‌های عمرانی - انتفاعی دولت مندرج در قوانین بودجه سالانه کل کشور ... به دولت و شرکت‌های دولتی و ... اجازه داده می‌شود طبق مقررات این قانون قسمتی از منابع مالی مورد نیاز برای اجرای طرح‌های مذکور شامل منابع مالی لازم برای تهیه مواد اولیه مورد نیاز واحدهای تولیدی را، از طریق انتشار و عرضه عمومی اوراق مشارکت تامین نمایند».

همچنین در ماده ۳ همان قانون آمده است: «انتشار اوراق مشارکت از طرف دولت، صرفاً برای تامین منابع مالی مورد نیاز جهت اجرای طرح‌های عمرانی - انتفاعی دولت موضوع ماده ۱، به میزانی که در قوانین بودجه سالانه کل کشور پیش‌بینی می‌شود، مجاز خواهد بود». همچنین در صورتی که مجری طرح‌های مذکور دولتی، شرکت‌های دولتی یا شهرداری‌ها باشند، باید این مجوز طبق قانون و از طریق بودجه سالانه کل کشور باشد (تبصره ماده ۳ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت).

ولی در رابطه با انتشار اوراق مشارکت توسط شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و موسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و موسسات عام‌المنفعه و شرکت‌های وابسته به دستگاه‌های مذکور، که معجری طرح دولت نباشند و همچنین شرکت‌های سهامی عام و خاص و شرکت‌های تعاونی تولیدی، بانک مرکزی پس از بررسی کامل طرح‌های آنان، در صورتی که دارای توجیحات کامل اقتصادی، فنی و مالی باشد، مجوز انتشار اوراق مشارکت به میزان لازم صادر خواهد کرد.

در صورتی که، اوراقی خارج از مقررات و تشریفات مذکور در قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت و بدون اجازه بانک مرکزی منتشر شود، مشمول مقررات راجع به اوراق مشارکت نخواهد بود و دارندگان این اوراق نمی‌توانند از مزایا و تضمین‌های اوراق مشارکت (تضمین‌هایی از قبیل بیمه‌هایی که به اوراق مشارکت تعلق می‌گیرد و یا تضمین شدن اصل سرمایه به واسطه موسسات ثالث و یا پرداخت سود تضمین شده و یا دوره‌ای)، به معنی خاص، برخوردار شوند و فقط در صورتی که، این اوراق شرایط سهام یا اوراق قرضه، یا سند دیگر را داشته باشد، در حدود همان مقررات می‌توانند از آن استفاده نمایند.

۳-۱-۲. مشخص بودن مبلغ و مدت اوراق مشارکت

از ویژگی‌های دیگر اوراق مشارکت داشتن قیمت اسمی مشخص و مدت دار بودن آن می‌باشد. اوراق مشارکت دارای قیمت‌های اسمی مشخص از قبیل ۵، ۱۰ و ۲۰ و ... هزار ریالی می‌باشند که نشان دهنده آن است که، دارنده آن با پرداخت آن مبلغ قصد مشارکت و سود بردن در طرح‌های مذکور را دارد. این قیمت اسمی، هنگام واگذاری اوراق مشارکت، توسط بانک عامل از سرمایه‌گذار دریافت می‌شود و در صورتی که اوراق دارای قیمت اسمی نباشد، نمی‌توان قدرالسهم و میزان مشارکت و در نتیجه سود قطعی و علی‌الحساب دارنده اوراق مذکور را مشخص نمود و از طرف دیگر، در این صورت، مشارکت باطل خواهد بود، چرا که شرط معین و معلوم بودن مشارکت و میزان آن مشخص نیست.

ویژگی دیگر اوراق مشارکت، داشتن سررسیدهای معین می‌باشد این اوراق برای مدت‌های معین ۲ و ۳ و ۴ و ۵ و ... سالی منتشر می‌شود و پس از مدت‌های فوق یا مشارکت تمام شده و سود آن محاسبه و پرداخت می‌شود یا این که، برحسب مورد قابل باز خرید و تبدیل و تعویض به سهام می‌باشد و سود علی‌الحساب دارندگان در ظرف مدت مقرر در ورقه مشارکت و براساس کوپن‌های ضمیمه در هر سال چند بار به دارندگان، توسط بانک عامل، پرداخت می‌گردد و همچنین سود قطعی و علی‌الحساب دارندگان اوراق با توجه به مدت زمان اوراق مشارکت، محاسبه و پرداخت می‌گردد.

۳-۲. ارکان مشارکت

شاید به نظر برسد که اوراق مشارکت صرفاً دارای دو طرف معامله می‌باشد، یکی صادر کننده و دیگری خریدار، لیکن اینطور نیست و در این قسمت طرفین اوراق به تفصیل مورد اشاره واقع می‌گردند.

۳-۲-۱. ناشر اوراق

ناشر، شخص یا موسسه‌ای است که قصد جذب سرمایه از طریق انتشار اوراق مشارکت و به کارگیری آن در طرح‌های انتفاعی را دارد و مردم را جهت مشارکت برای انجام پروژه و یا فعالیت خاص دعوت می‌کند (پژوهشکده پولی و بانکی ۱۳۸۵، ۱۵). بر طبق ماده یک قانون اوراق مشارکت می‌توان گفت ناشرین عبارتند از: دولت و شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و موسسات عام‌المنفعه و شرکت‌های وابسته به دستگاه‌های مذکور و همچنین شرکت‌های سهامی عام و خاص و شرکت‌های تعاونی تولیدی.

اگر تامین همه هزینه لازم برای طرح موضوع مشارکت را از طریق انتشار اوراق مشارکت صحیح بدانیم آنگاه رابطه دارندگان اوراق با ناشر، رابطه وکالت خواهد بود به این بیان که ناشر، وکیل دارندگان اوراق محسوب می‌شود و باید منابع مالی آنها را در طرح معینی سرمایه‌گذاری کند. اما اگر فقط بخشی از سرمایه لازم برای پروژه از طرف واگذاری اوراق مشارکت تامین شده باشد و بخش دیگر را ناشر فراهم کرده باشد، در این صورت ناشر در عین حال که وکیل دارندگان اوراق می‌باشد به نسبت سهم خود شریک دارندگان اوراق نیز خواهد بود. با توجه به رابطه بین ناشر و صاحبان اوراق، ناشر حق ندارد منابع حاصل از واگذاری اوراق را در هر موضوعی که بخواهد استفاده کند بلکه باید آن را برای موضوع خاصی که اوراق به جهت آن منتشر شده هزینه کند (مومن قمی ۱۳۷۸، ۱۳-۱۵).

۳-۲-۲. موضوع مشارکت

موضوع مشارکت در این اوراق، طرح‌ها و فعالیت‌های انتفاعی است که ناشر قصد دارد از طریق جذب سرمایه، نسبت به اجرا و اتمام آنها اقدام نماید. بر طبق ماده یک قانون اوراق مشارکت، موضوع مشارکت عبارت است از طرح‌های عمرانی انتفاعی دولت مندرج در قوانین بودجه سالانه کل کشور و طرح‌های سودآور تولیدی و ساختمانی و خدماتی. طبق تبصره همین ماده قانونی، تشخیص انتفاعی بودن طرح‌های عمرانی دولت به عهده هیاتی مرکب از نمایندگان وزارت امور اقتصادی و دارایی، سازمان برنامه و بودجه و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد.

ناشر شرعاً و قانوناً موظف است سرمایه‌های حاصل از فروش اوراق را فقط در جهت موضوع اوراق مشارکت و طرح و یا طرح‌های انتفاعی معین و مشخص شده به کار برد، استفاده از این سرمایه‌ها در موضوعی غیر از موضوع معین شده، در حکم تصرف غیرقانونی می‌باشد. ماده ۱۰ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت نیز در این زمینه می‌گوید: مصرف وجوه حاصل از واگذاری اوراق مشارکت در غیر اجرای طرح‌های مربوطه در حکم تصرف غیرقانونی در وجوه و اموال عمومی محسوب خواهد شد (اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ۱۳۸۴، ۶۰).

۳-۲-۳. بانک عامل

عامل، بانکی است که از طرف ناشر بعد از اخذ وثیقه و تضمین کافی نسبت به انتشار اوراق مشارکت اقدام می‌کند. در واقع رابطه عامل با ناشر رابطه حقوقی جعاله یا حق‌العمل‌کاری است که در مقابل دریافت اجرت از ناشر اقداماتی را انجام می‌دهد. عامل، پرداخت اصل سرمایه و سود علی‌الحساب در سررسیدهای معین و همچنین پرداخت سود قطعی را به عهده دارد و در صورتی که ناشر به تعهدات خود عمل نکند از محل وثیقه و تضمین‌های ارائه شده از طرف ناشر، سود و اصل سرمایه را به دارندگان اوراق پرداخت می‌کند (موسویان ۱۳۸۶، ۴۳۵). البته طبق بعضی آراء می‌بایست شخص ثالث باشد. ذیل ماده ۵ قانون نحوه انتشار اوراق نیز به همین امر اشاره دارد و می‌گوید: در صورت عدم ایفای تعهدات مزبور در سررسیدهای مقرر، بانک عامل مکلف است از محل تضمین مذکور در ماده ۴ رأساً اقدام نماید (اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ۱۳۸۴، ۵۷).

۳-۲-۴. امین

امین، شخص حقیقی یا حقوقی است که از طرف بانک مرکزی تعیین می‌شود. امین وظیفه رسیدگی به فعالیت سازمان در ارتباط با حقوق دارندگان اوراق مشارکت را بر عهده دارد به عبارت دیگر امین به عملکرد این اوراق، خرید و فروش آنها و به کارگیری سرمایه در طرح‌های موردنظر و محاسبه سود علی‌الحساب، سود نهایی و محاسبه ارزش نهایی طرح و مواردی از این قبیل نظارت می‌کند. امین به این امور رسیدگی می‌کند تا حقوق و منافع دارندگان اوراق تضييع نشود (موسویان ۱۳۸۶، ۴۱۵).

علاوه بر شخص حقیقی یا حقوقی که از طرف بانک مرکزی به عنوان امین برای هر طرح خاص مشخص می‌شود، شخصیت حقوقی وزارت امور اقتصادی و دارایی و بانک مرکزی نیز به عنوان امین برای کل طرح‌ها مطرح می‌باشد. چه آنکه

در ماده ۱۳ قانون نحوه انتشار اوراق بیان می‌کند: وزارت امور اقتصادی و دارایی و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مکلف‌اند گزارشی متضمن میزان و انواع اوراق مشارکت منتشره طی هر سال را همراه با اظهار نظر در خصوص آثار اقتصادی انتشار اوراق مذکور برای اطلاع کمیسیون‌های برنامه و بودجه، امور اقتصادی و دارایی و تعاون و دیوان محاسبات و بودجه مجلس شورای اسلامی ارسال نمایند.

۳-۳. بررسی امکان تمدید در سررسید

یکی از عوامل مهم در سرمایه‌گذاری ابزارهای مالی، مدت زمان سرمایه‌گذاری یا سررسید یک دارایی مالی است. در مدل مالی متعارف، ترکیب مناسب و متناسب نرخ بهره و زمان، حداکثر بازدهی از یک ابزار مالی را برای سرمایه‌گذار به همراه خواهد داشت. به عبارت دیگر زمان و پول دارای ارزش هستند. در شرایطی که نوسانات شدید نرخ بهره در اقتصاد وجود داشته باشد، سرمایه‌گذاری‌ها به سمت ابزارهای کوتاه‌مدت و زود بازده سوق پیدا می‌کند و بالعکس در شرایط ثبات اقتصادی و ثبات نرخ‌ها، سرمایه‌گذاری‌ها و ابزارهای بلندمدت از جذابیت بیشتری برخوردار خواهند بود.

در کشورهای در حال توسعه و از جمله ایران که در شرایط اقتصادی با ثباتی به سر نمی‌برند، ابزارهای بلندمدت مانند اوراق مشارکت و انواع صکوک با سررسیدهای طولانی مدت با ریسک‌های متعددی و از جمله ریسک نرخ سود مواجه هستند که باعث کاهش جذابیت اوراق برای سرمایه‌گذار خواهد شد. از طرف دیگر، ناشران و بنگاه‌های اقتصادی اکثراً نیازمند تامین مالی بلندمدت و عدم خروج سرمایه از شرکت تا انجام کامل طرح و رسیدن به مرحله سودآوری می‌باشند. برای ناشر یا بانی همیشه ریسک عدم تطابق سررسید اوراق و سررسید مطلوب برای پروژه وجود خواهد داشت و در صورتی که بانی بخواهد از محل درآمدها و یا فروش پروژه، اوراق را بازخريد نماید این ریسک اهمیت ویژه‌ای پیدا می‌کند (مومنی ۱۳۷۸، ص ۷۵).

به دلایل گوناگونی مانند عدم تکمیل و سودآوری مکفی پروژه، وجود تحریم‌ها، عدم نقدینگی کافی، قوه قاهره و سایر مسائل مالی، ممکن است شرکت قادر به بازپرداخت اصل اوراق در سررسید مقرر نباشد. در این حالت با فرض اینکه اوراق، قابل تبدیل به سهام و حقوق مالکانه شرکت نباشد، شرکت با قبول هزینه‌های بیشتر تامین مالی، مجبور به وام‌گیری مجدد از بانک یا موسسات مالی و یا انتشار مجدد اوراق جهت تسویه دیون خود خواهد بود.

ایجاد ساز و کاری جهت انعطاف‌پذیر نمودن سررسید اوراق بلندمدت، موجب کاهش ریسک نرخ سود اوراق برای بانی و هم برای سرمایه‌گذاران خواهد شد و در صورت عدم تحقق سود موردنظر برای پروژه به بانی مهلت بیشتری برای تادیه

دیون خود ایجاد می‌کند، علاوه بر این در صورتی که نرخ سود اوراق برای سرمایه‌گذاران مناسب باشد به تمدید مهلت سررسید اوراق اقدام می‌کنند. همچنین در برخی موارد، مانند پروژه‌هایی که دوره سودآوری آن پس از سررسید اوراق باشند، تمدید مدت اوراق باعث کاهش ریسک نکول اوراق می‌شود.

۳-۱. ماهیت حقوقی تمدید

اوراق قابل تمدید اوراقی هستند که منضم به اختیار تبعی برای دارنده آن است که سررسید اوراق را برای زمان معینی و با نرخ از پیش تعیین شده به تاخیر می‌اندازد. این اوراق برخلاف اوراق قابل تعجیل است که به دارنده خود این اختیار را می‌دهد که تا قبل از سررسید اوراق، ناشر را به بازپرداخت ارزش اسمی اوراق مجبور کند. اوراق قابل تمدید، به دارنده آن این حق را می‌دهد که بازدهی آن دارایی را برای مدت طولانی‌تری از سررسید برای خود تمدید کند. سرمایه‌گذاران از اوراق قابل تمدید به منظور تغییر و اصلاح ساختار زمانی پرتفوی و منظور بهره‌مندی از نوسانات نرخ بهره استفاده می‌کنند. هنگامی که نرخ‌ها افزایش می‌یابد اوراق قابل تمدید مانند اوراق کوتاه‌مدت عمل می‌کنند و وقتی نرخ‌ها کاهش می‌یابد همانند اوراق بلندمدت می‌باشد (معصومی‌نیا ۱۳۸۹، ۱۰۲).

یک اوراق قرضه قابل تمدید، یک بدهی میان‌مدت است که به دارنده خود اختیار افزایش مدت اوراق را در یک تاریخ معین یا قبل از یک تاریخ معین با یک نرخ کوپن از پیش تعیین شده می‌دهد. به عنوان مثال، اوراق دولتی قابل تمدید کانادا در ۱ اکتبر ۱۹۵۹ منتشر شد. این اوراق در تاریخ مقرر و یا قبل از ۱ ژوئن ۱۹۶۲ قابل تبدیل به سررسید ۱ اکتبر ۱۹۷۵ با همان نرخ کوپن قبلی است. بنابراین اوراق سه ساله به اوراق ۱۶ ساله تمدید شده است.

اوراق قابل تمدید به عنوان یک ابزار تامین مالی در خریدهای اهرمی به طور گسترده مورد استقبال قرار گرفت. در حقیقت این اوراق برای ذینفعان، یک اختیار خرید بر روی ارزش شرکت محسوب می‌شود؛ به این معنا که ذینفعان ادعای خود بر ارزش شرکت را تمدید خواهند کرد. اهمیت این اختیار تمدید زمانی مشخص می‌شود که در زمان سررسید اوراق، ارزش شرکت کمتر از ارزش اسمی بدهی (اوراق) باشد.

یک اوراق قابل تمدید می‌تواند به عنوان یک اوراق کوتاه‌مدت به اضافه یک اختیار خرید با ارزش اسمی برای خرید اوراق بلندمدت‌تر در نظر گرفته شود. همچنین اوراق قابل تعجیل می‌تواند به عنوان یک اوراق بلندمدت به اضافه یک اختیار فروش با ارزش اسمی برای فروش اوراق در تاریخ تعجیل در نظر گرفته شود.

۳-۲. روش‌های تمدید

از آنجا که ایران کشوری در حال توسعه است و با مشکلات اقتصادی زیادی همچون بی‌ثباتی نرخ ارز، وجود تحریم‌های اقتصادی، نرخ تورم و نرخ سود مورد انتظار سرمایه‌گذاری بالا مواجه می‌باشد، برنامه‌ریزی اجرای پروژه‌های اقتصادی با ریسک‌های عدیده‌ای از جمله ریسک عدم تطابق سررسید نوسان نرخ سود بانکی رو به رو هستند. به عنوان مثال طی سال‌های ۱۳۹۰-۱۳۹۴ نرخ رسمی سود سپرده سالانه از ۱۷ الی ۲۲ درصد، در نوسان بوده است و در سال ۱۳۹۵ نرخ سود سالانه به ۱۵ درصد کاهش یافته است (آمار بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران). بنابراین همانطور که از پیش گفته شد، اختیار در تعدیل سررسید ابزارهای مالی روشی است که می‌تواند هم به نفع بانی یا ناشر و هم به نفع سرمایه‌گذار می‌باشد (حسن‌زاده سروستانی، ۱۳۹۱، ۴۳).

در این روش اوراق مالی منضم به دو اختیار تبعی (غیرقابل معامله) برای بانی و سرمایه‌گذار در تمدید سررسید اوراق تا زمان معینی می‌باشد. با پیش‌بینی صورت گرفته از شرایط اقتصادی، نرخ سود اوراقی که دارای کوپن هستند، برای مدت تمدید شده می‌تواند مساوی، کمتر یا بیشتر از نرخ سود اوراق تعیین شود. به عنوان مثال، اوراق مالی A دارای سررسید چهار سال با نرخ کوپن سود ۲۰٪ است و این اوراق منضم به دو اختیار تمدید سررسید یک سال برای بانی و سرمایه‌گذار می‌باشد (بلوری الکران، ۱۳۷۹، ۳۸).

برای تعیین نرخ سود دوره تمدید سه سناریو مفروض است:

- ۱- نرخ‌های سود افزایشی باشد؛ نرخ سود سال پنجم ۲۱٪ تعیین می‌شود.
 - ۲- نرخ‌های سود تغییری نکند؛ نرخ سود سال پنجم ۲۰٪ باقی می‌ماند.
 - ۳- نرخ‌های سود کاهشی باشد؛ نرخ سود سال پنجم ۱۹٪ تعیین می‌شود.
- حالت دیگری که می‌توان برای اختیارات تمدید سررسید در نظر گرفت، متفاوت بودن نرخ سود اختیار بانی و سرمایه‌گذاران در دوره تمدید سررسید می‌باشد. با فرض مثال قبل، سه سناریوی پیشین نیز در این حالت می‌تواند مطرح شود:

- ۱- نرخ‌های سود افزایشی باشد؛ نرخ سود اختیار برای بانی ۲۱٪ و برای سرمایه‌گذاران ۲۲٪ تعیین می‌شود.
- ۲- نرخ‌های سود تغییری نکند؛ نرخ سود اختیار برای بانی و سرمایه‌گذاران در سال پنجم ۲۰٪ باقی می‌ماند.
- ۳- نرخ‌های سود کاهشی باشد؛ نرخ سود اختیار برای بانی ۱۸٪ و برای سرمایه‌گذاران ۱۹٪ تعیین می‌شود.

در صورتی که نرخ‌های سود در دوره تمدید کاهش‌ی باشد، عدم تغییر در نرخ سود اوراق یک نوع پوشش ریسک برای سرمایه‌گذار در قبال ریسک‌های نرخ سود محسوب می‌شود. همچنین در حالتی که نرخ‌های سود در دوره تمدید افزایشی باشد و با حفظ نرخ سود در دوره تمدید یک نوع پوشش ریسک نرخ سود برای بانی ایجاد شده است. بنابراین در شرایط نااطمینانی اقتصاد و نوسانات تورم و نرخ سود، عدم تغییر نرخ سود در دوره تمدید یک ابزار پوششی ریسک نرخ سود خواهد بود.

یکی دیگر از حالات متصور برای اختیارات تمدید و تعجیل سررسید، زمان اعمال اختیار است. همانند اختیارات خرید و فروش که دارای دو نوع آمریکایی و اروپایی است، زمان اعمال این اختیارات می‌تواند به صورت بازه زمانی تا قبل از سررسید یا در زمان مشخصی قبل از سررسید تعیین شود.

۳-۴. اوراق مصون از تورم

رکود تورمی دهه ۱۹۷۰ میلادی به روشنی تاثیر ویران‌گر تورم روی سرمایه‌گذاری را نشان داد. در طول این دوره، خطر دارایی‌هایی که غیرمستقیم مصون از تورم بودند، آشکار شد. از این رو، در سال‌های اخیر توسعه اوراق مصون از تورم در دنیا گسترش یافته و این اوراق در بسیاری از پرتفوی‌ها وارد گردید. هدف اوراق مصون از تورم اطمینان از حفظ قدرت خرید از طریق مرتبط کردن بازدهی اوراق با تورم در طول دوره انتشار آن است. در این اوراق دو نوع پرداخت وجود دارد: نرخ بازدهی که در ابتدای دوره مشخص است و مبلغی که بابت جبران زیان حاصل از کاهش قدرت خرید پرداخت می‌شود. در اوراق مصون از تورم، درآمد واقعی در طول دوره، مشخص است ولی درآمد اسمی در آینده مشخص خواهد شد. از این رو، این اوراق یک فرض آرمانی برای طیف گسترده‌ای از سرمایه‌گذاران برای مصون ماندن از تورم می‌باشد. در ایران شورای پول و اعتبار هر سال با تعیین نرخ سود انواع سپرده‌ها و تسهیلات در قالب بسته سیاستی و نظارتی بانک مرکزی در عمل نرخ سود در نظام مالی کشور را به صورت دستوری تعیین می‌نماید. تعیین نرخ دستوری سودها از یک سو و بالا و متغیر بودن نرخ تورم از سوی دیگر منجر می‌شود در بسیاری از موارد نرخ بازدهی واقعی سرمایه‌گذاران با در نظر گرفتن نرخ تورم سالانه، کمتر از تورم باشد و در عمل آنها با زیان مواجه شوند (توحیدی ۱۳۹۴، ۶۹).

۳-۴-۱. مزایا

این اوراق مزایای متعددی برای ذینفعان دارد که در ادامه به مهمترین آنها می‌پردازیم:

مزایا برای ناشران:

۱- هزینه انتشار این اوراق برای ناشر کمتر خواهد بود؛ زیرا در این اوراق صرف ریسک تورم وجود ندارد؛ بنابراین

اوراق مصون از تورم، کشورها را برای کاهش هزینه‌ای تامین مالی مجدد پیش‌بینی شده توانمند می‌سازد.

۲- این اوراق به هموارسازی ساختار پذیرش بدهی‌های دولتی کمک می‌کند.

۳- بانک‌های مرکزی از بازدهی‌های اوراق مصون از تورم برای محاسبه تورم مورد انتظار و تنظیم سیاست‌های پولی

استفاده می‌کند.

۴- انتشار این اوراق به ناشر امکان تطبیق دقیق‌تر بدهی‌ها و دارایی را خواهد داد. مخارج و درآمدهای آتی دولت

جریان‌ات نقدی واقعی خواهد بود. دارایی‌های مهم آتی دولت درآمدهای مالیاتی آینده خواهد بود که تحت تاثیر

تورم و فعالیت اقتصادی واقعی خواهد بود. این که حداقل بخشی از بدهی‌های دولتی مرتبط با تورم باشد سبب تطبیق

بهرتر دارایی‌ها و بدهی‌ها و کاهش ریسک تورم برای دولت خواهد بود. هر چه رشد درآمدها نسبت به مخارج با

افزایش سطح قیمت‌ها بیشتر شود، تمایل دولت برای انتشار اوراق مصون از تورم بیشتر خواهد بود.

۵- انتشار این اوراق سبب می‌شود که ناشران سرمایه‌گذارانی استقراض نمایند که اوراق دولتی با ارزش اسمی را

نخواهند خرید و از این طریق به پول‌ها و منابعی دست یابند که به بدهی‌های اسمی تخصیص داده نشده است. افزایش

تعداد سرمایه‌گذاران نه تنها سبب ارزانتر شدن تامین مالی می‌شود، بلکه تاکید روی سرمایه‌گذاران و منابع خاص تامین

مالی را کاهش داده که به نوبه خود ریسک سیستمیک را کاهش می‌دهد (تنانی ۱۳۹۴، ۸۵).

مزایای برای سرمایه‌گذاران

۱- سرمایه‌گذاران را در برابر زیان‌های ناشی از نوسانات پیش‌بینی نشده نرخ تورم و کاهش قدرت خرید محافظت

می‌کند.

۲- استفاده از اوراق مصون از تورم جهت تنوع‌سازی در پرتفوی دارایی‌ها می‌باشد، از آنجا که همبستگی این اوراق با

سایر دارایی‌ها کم می‌باشد؛ بنابراین ابزار مناسبی برای تنوع‌سازی و کاهش ریسک پرتفوی می‌باشد.

۳- اوراق مصون از تورم به جابجایی‌ها در بازدهی‌های واقعی عکس‌العمل نشان می‌دهد نه بازدهی‌های اسمی و این امر منجر به هموارسازی و نوسان کمتر بازدهی‌های سرمایه‌گذاران می‌شود.

۴- این اوراق می‌تواند به عنوان یک مولفه مهم در مدیریت پرتفوی صندوق‌های بازنشستگی و شرکت‌های بیمه تلقی گردد که به وسیله آن می‌توانند سیاست‌های تطابق‌داری‌ها و بدهی‌هایشان را داشته باشند.

مزایای عمومی

۱- انتظار اوراق مصون از تورم به تقویت اعتماد و اعتبار دولت در جامعه کمک می‌کند؛ زیرا دولت نمی‌تواند این بدهی‌ها را متورم نماید. اگر دولت واقعاً برای کاهش مرحله‌ای تورم بلندمدت برنامه داشته باشد، انتشار اوراق تورم پیوند به نفع دولت خواهد بود و سیگنال مثبتی به سرمایه‌گذاران می‌دهد. این جنبه مخصوصاً برای اقتصادهای نوظهور که برخی از آنها صرفاً توانایی تامین مالی مجدد با انتشار اوراق تورم پیوند در ارزش خودشان را دارند، دارای اهمیت است.

۲- با توجه به ویژگی اوراق مصون از تورم در پوشش ریسک تورم، این اوراق به جلوگیری از انتقال ثروت از دارایی‌های مالی به دارایی‌های واقعی در دوره‌هایی خواهد انجامید که نگرانی فزاینده‌ای در مورد تورم آینده وجود دارد. دلیل این مساله این است که در صورت فقدان اوراق مصون از تورم، در صورت وجود انتظارات تورمی فزاینده، سرمایه‌گذاری در دارایی‌های واقعی بیشتر شده؛ زیرا روشی مطمئن برای مصونیت از تورم خواهد بود. بنابراین وجود اوراق مصون از تورم به افزایش و با ثبات شدن نرخ پس‌انداز کمک خواهد کرد.

۳- تورم پیش‌بینی نشده سبب انتقال غیرارادی ثروت از وام‌دهندگان به وام‌گیرندگان (یا بالعکس) می‌شود. پیوند دادن بازدهی به تورم سبب می‌شود اثرات بازتوزیعی آن بین وام‌دهندگان و وام‌گیرندگان کاهش یابد. توانایی برای تشخیص انتظارات تورمی بازار جزء مزایای انتشار اوراق قرضه مصون از تورم برای سیاست‌گذاران است. اوراق مصون از تورم می‌تواند اطلاعات مفیدی برای بانک مرکزی در جهت پیاده‌سازی سیاست‌هایش داشته باشد (توحیدی ۱۳۹۴، ۱۰-۱۱).

۲-۴-۳. روش‌های اجرایی

اوراق مشارکت مصون از تورم را می‌توان در سه مدل تصویر کرد:

۳-۴-۱. استفاده از سود شناور

این راهکار ناظر به رویکرد اول در متغیر کردن سود در اوراق بهادار یا همان شناور کردن نرخ سود اوراق است. در این مدل، سود علی‌الحساب اوراق مشارکت که بر مبنای نرخ تورم به اضافه درصد مشخص تعیین می‌شود، از طرف بانی یا ناشر به دارندگان اوراق به عنوان قرض پرداخت می‌شود تا سررسید بر مبنای سود واقعی پروژه تسویه حساب گردد. تنها تفاوت این مدل با اوراق مشارکت عادی این است که سود علی‌الحساب این اوراق طبق توافق شرکاء (بانی و صاحبان اوراق) متغیر و تابعی از نرخ تورم است. اصل حاکمیت اراده و ثبات قراردادها اقتضا می‌کند که توافق متعاملی، محترم و الزام‌آور باشد و تغییری در آن صورت نگیرد. ماده ۱۰ قانون مدنی ایران نیز اصل آزادی قراردادها را تایید کرده و می‌گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است». مطابق همین اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها، متعاقدين می‌توانند شرطی در قرارداد خود پیش‌بینی نمایند که به موجب آن تحت شرایط معینی، متن قرارداد و شرایط مندرج در آن مورد تعدیل واقع شود که این امر به تعدیل قراردادی مشهور است. تعدیل قرارداد به دو قسم توافقی و قانونی تقسیم می‌شود. در نوع توافقی، بر حسب توافق و مطابق قاعده، طرفین قرارداد را مورد بازنگری قرار می‌دهند و عوضین را تعدیل می‌کنند. تعدیل قانونی عنوانی است برای اصلاح و تغییری که در قراردادها بدون استناد به توافق طرفین عقد، صورت می‌پذیرد. به طور مثال، قانونگذار در خصوص مهریه گذشته، چنانچه پول باشد، آن را به نرخ روز حساب می‌کند. این مورد از جمله تعدیل‌هایی است که بدون توافق متعاقدين بوده و از سوی قانونگذار صورت گرفته است. حال باید این شرط تعدیل قرارداد را از منظر فقهی مورد بررسی قرار داده و انطباق آن را با کلیات ادله عقود تحلیل کرد تا در صورت شرعی بودن، از آن به عنوان روشی برای شناور بودن سود علی‌الحساب در اوراق مشارکت مصون از تورم استفاده شود. تعدیل توافقی قرارداد به دو صورت کلی قابل تصور است:

۱- تعدیلی که در متن عقد مورد توافق قرار گرفته و پیش‌بینی می‌شود.

۲- تعدیلی که پس از عقد به استناد توافق طرفین انجام می‌شود (فخارطوسی بی‌تا، ۱۰۲ و ۱۰۴).

تعدیلی که در متن مورد توافق قرار می‌گیرد ممکن است دو حالت داشته باشد:

۱- تعدیلی که مبنای آن مشخص است مانند آنکه در عقد اجاره پیش‌بینی کنند که در صورت وقوع فلان پیشامد، بهای

انجام کار اجیر از هزار تومان به پانصد تومان (کمتر از اجاره مقرر) یا دو هزار تومان (بیشتر از اجاره مقرر) تغییر یابد. اوراق

مشارکت مصون از تورم دارای سود علی‌الحساب شناور را نیز می‌توان از همین نوع قرار داد. زیرا همان طور که از نظر

گذشت، در این اوراق سهم‌الشرکه مجهول نیست بلکه ساز و کار و مبنای تعیین آن کاملاً مشخص و معلوم می‌باشد. بنابراین، همان ساز و کار را می‌توان مبنای مشخص کردن تعدیل قرارداد در اوراق مشارکت قرار داد.

تعدیل توافقی قرارداد، نوعی شرط ضمن عقد است که شرط یاد شده موردنظر (مثلاً بروز حادثه غیرمترقبه) می‌باشد. بنابراین، باید روشن شود که شرط معلق چه حکمی دارد؟ یک دیدگاه می‌گوید چنین شرطی باطل است و دیدگاه دیگر معتقد به صحت چنین شرطی می‌باشد. نظر برگزیده در باب تعلیق عقود و ایقاعات این است که جز اجماع، دلیلی برای بطلان تعلیق در دست نیست و چون اجماع در شمار ادله لُبی (ادله لُبی، مقابل ادله لفظی می‌باشد و مراد از آن، ادله‌ای است که از راه غیر لفظ، مکلف را به حکم شرعی می‌رساند) قرار داشته و اکتفا بر قدر متیقن در این نوع ادله ضرورت دارد (سید اشرفی ۱۳۸۵، ۴۳۶) باید بر مورد متیقن آن یعنی عقد بیع و نظایرش اکتفا کرد و از توسعه حکم به شرط، خودداری نمود. بنابراین به هیچ عنوان دلیلی بر بطلان شرط معلق وجود نخواهد داشت. از طرفی هم عمومات ادله شروط و ادله‌ای که به طور خاص در مورد شرط معلق آمده است، صحت شرط معلق را اثبات می‌کند. در نتیجه، تعدیل توافقی قرارداد در صورت نخست آن (بر مبنای معلوم) صحیح بوده و از نظر ادله شرعی اشکال ندارد.

۲- تعدیلی که مبنای آن مجهول است. مانند آن که در مثال بالا، تنها بازنگری در قیمت انجام کار و تعدیل آن متناسب با شرایط جدید در صورت وقوع پیشامد مورد نظر، پیش‌بینی گردیده بدون آن که میزان تغییر معلوم شود. بازگشت این نوع از تعدیل قرارداد، به شرط مجهول است. علمای امامیه در اصل بطلان شرط مجهول اتفاق نظر داشته و آن را پذیرفته‌اند (نجفی ۱۴۰۱ق، ۱۹۹)، اگر چه در محدوده و تفسیر شرط مجهول با یکدیگر اختلاف دارند؛ برخی شرط مجهول را به طور مطلق و برخی نیز شرط مجهول را تنها در صورتی که منجر به پیدایش غرر گردد، باطل می‌دانند.

همان طور که اشاره شد در شناور بودن سود علی‌الحساب در اوراق مشارکت بر مبنای شرط تعدیل قرارداد، براساس مبنای مجهول نیست تا از قسم تعدیل قراردادی باشد بلکه این تعدیل، با ضابطه و مبنای کاملاً مشخص و معلوم در ضمن عقد شرط خواهد شد.

در ادامه دو راهکار برای متغیر کردن سود اوراق مشارکت با توجه به رویکرد دوم یعنی تعدیل مبلغ اسمی اوراق براساس تورم ارائه خواهد شد.

۳-۴-۲. استفاده از تکنیک اختیار فروش

اختیار معامله، قراردادی است که طبق آن خریدار اختیار، با پرداخت وجهی به فروشنده اختیار، حق خرید یا فروش دارایی مشخصی را با قیمت معین، در آینده به دست می‌آورد، بدون این که متعهد به چنین خرید یا فروشی باشد.

در این مدل ضمن عقد شرکت، ناشر به دارندگان اوراق مشارکت این حق را می‌دهد که افزون بر دریافت سود علی‌الحساب دوره‌ای به صورت تابعی از تورم، چه در مقاطع دوره‌ای پرداخت سود علی‌الحساب و چه در سررسید نهایی، بتوانند سهم‌الشرکه خود را، که عبارتست از ارزش اسمی اوراق به اضافه سود اوراق که براساس فرمول مشخصی (تورم به اضافه درصد معین) تعیین گردیده را به ناشر یا بازارگردان اوراق بفروشند. نتیجه این مدل این خواهد بود که دارندگان اوراق می‌توانند تا سررسید و در سررسید، افزون بر اصل سرمایه، سودی معادل تورم به علاوه درصدی معین گرفته از مشارکت خارج شوند.

در اختیار معامله یک طرف در جایگاه فروشنده اختیار در ازای دریافت مبلغی معین، به عنوان قیمت اختیار از طرف مقابل در جایگاه خریدار اختیار، متعهد می‌شود که در صورت مطالبه وی دارایی معینی را در ازای مبلغی معین و در تاریخ معین یا پیش از آن به وی بفروشد. قرارداد پیش گفته برای خریدار هیچ گونه تعهدی پدید نمی‌آورد؛ در حالی که فروشنده متعهد شده است که در صورت تصمیم خریدار به خرید و استفاده از حق خود، دارایی پایه را به وی به قیمت توافق شده نه قیمت جاری، تحویل دهد. سود فروشنده فقط به اندازه مبلغ حق امتیاز است که خریدار به وی پرداخته است؛ اما زیان وی تابع قیمت در بازار است. تاریخ انقضا مشخص کننده وضعیت عمر قراردادهای پیش گفته است (معصومی نیا و سیدی نیا ۱۳۸۹، ۱۵۱).

راه‌های بیع حق، و تعهد به عنوان راه‌های تصحیح اختیار معامله رایج و راه‌های وکالت، هبه معوضه و اسقاط حق به عنوان راه‌حل‌های جایگزین مطرح شده است (معصومی نیا و سیدی نیا ۱۳۸۹، ۱۷۲).

تفاوتی که در اختیار معامله این اوراق وجود دارد این است که اختیار معامله نه به عنوان یک عقد مستقل، بلکه به عنوان شرطی در ضمن عقد شرکت لحاظ می‌شود، که در این صورت نیازی به تصحیح آن در قالب‌های گذشته نیست.

۳-۴-۳. استفاده از اختیار فروش و اختیار خرید

در این مدل نیز ناشر افزون بر پرداخت سود علی‌الحساب مبتنی بر تورم بر تورم به صورت قرض در ضمن عقد شرکت، به دارندگان اوراق مشارکت این حق را می‌دهد که چه در مقاطع دوره‌ای پرداخت سود علی‌الحساب و چه در سررسید نهایی، بتوانند سهم‌الشرکه خود را، که عبارتست از ارزش اسمی اوراق به اضافه سود اوراق که براساس فرمول مشخصی (تورم به

اضافه درصد معین) تعیین گردیده را به ناشر یا بازارگردان اوراق بفروشد، کما اینکه خریداران اوراق به ناشر این حق را می‌دهند که ناشر (در صورت مجاز بودن به خرید) در سررسید مقرر اختیار خرید اوراق براساس فرمول مشخصی (تورم به اضافه درصد معین) را داشته باشد.

تصویر دیگری که می‌توان برای قراردادهای اختیار معامله در نظر گرفت این است که این قراردادها از سنخ (جنس) تعهدات هستند، به این بیان که فروشنده اختیار، متعهد می‌شود در صورت درخواست مشتری، کالا یا سهام معینی را به قیمت معین خرید یا فروش کند و در مقابل این تعهد از مشتری وجهی دریافت می‌کند که به آن قیمت اختیار معامله می‌گویند. به عبارت دیگر خریدار اختیار، با پرداخت مبلغی تعهد فرد دیگری مبنی بر انجام عمل حقوقی خرید یا فروش را خریداری می‌کند. بنابراین قرارداد اختیار معامله از نظر فقهی، قراردادی مستحدث خواهد بود.

با توجه به ماهیت قرارداد اختیار معامله که قرارداد جدیدی است در صورت رعایت ضوابط عمومی قراردادها مانند ممنوعیت اکل مال به باطل، ضرر، غرر و ربا، می‌تواند قرارداد صحیحی باشد و با توجه به اینکه در قراردادهای اختیار معامله، این ضوابط رعایت می‌شود این معامله محکوم به صحت خواهند بود.

بعد از تعهد فروشنده و دریافت وجه، مشتری حق اختیار خرید یا فروش پیدا می‌کند، مشتری می‌تواند در سررسید، این حق را اعمال کند یا از آن دست بردارد کما اینکه قبل از سررسید می‌تواند این حق را به دیگری بفروشد. در نتیجه معاملات بعدی اختیار معامله از سنخ خرید و فروش حق خواهد بود.

۳-۵. نهادهای حقوقی مشابه

جامعه حقوقی سعی در تبیین تشابهات و تفاوت‌هایی در بین اوراق مشارکت و دیگر تاسیسات حقوقی دارد که در این قسمت به آنها اشاره می‌شود.

۳-۵-۱. موارد افتراق اوراق مشارکت و اوراق قرضه

طبق ماده ۵۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، اوراق قرضه نشان دهنده مبلغی وام است که به شرکت تجاری اعطا شده است و به دارنده آن، حق دریافت مبلغ اسمی به علاوه بهره متعلق به آن را در سررسید مقرر می‌دهد؛ به عبارت دیگر، براساس نص صریح قانونگذار، اوراق قرضه بر پایه عقد قرض همراه با شرط مازاد شکل گرفت که ماهیتی ربوی دارد و همین مسئله باعث شد شور ای نگهبان ر آ‌ی به نسخ قوانین مربوط به این اوراق بدهد.

میان اوراق قرضه و اوراق مشارکت، چند شباهت مهم وجود دارد: نخستین شباهت درباره عدم دخالت دارندگان این اوراق در تصمیمات ناشر است. طبق ماده ۵۳ لایحه اصلاحی، دارندگان اوراق قرضه در اداره شرکت، هیچ گونه دخالتی ندارند و فقط بستانکار شرکت محسوب می‌شوند. قانونگذار درباره دخالت دارندگان اوراق مشارکت در اداره شرکت، ساکت است. با این حال از مجموع مواد قانونی برداشت می‌شود که آنان در مدیریت شرکت، نقشی ندارند. علاوه بر این، مشارکت دارنده اوراق مشارکت در پروژه، موقت است و این اوراق همانند اوراق قرضه دارای سررسید می‌باشد (موسویان ۱۳۸۶، ۴۱۶)؛ ولی مهمترین شباهتی که از لحاظ ماهوی میان این دو ورقه وجود دارد اینکه در اوراق قرضه، پرداخت مبلغی معین به نام بهره که در اوراق مشارکت سود نامیده می‌شود، جزء تکالیف ناشر قرار داده شده، او نمی‌تواند از پرداخت آن خودداری کند. در واقع پرداخت این سود تضمین شده است. این شباهت باعث شده است برخی عنوان کنند مکلف بودن ناشر اوراق مشارکت در پرداخت سود سالانه (سود علی الحساب)، اوراق مشارکت را به سوی اوراق قرضه متمایل می‌سازد و حتی برخی از حقوقدانان اوراق قرضه و مشارکت را دو روی یک سکه قلمداد کرده، بیان داشته‌اند که این اوراق همانند اوراق قرضه از دل عقد قرض بیرون آمده‌اند و به همین دلیل، اوراق مشارکت را اوراق قرضه داخلی و سود آن را نیز بهره یا ربا نام نهاده‌اند.

با وجود این شباهت‌ها، تفاوت‌های بنیادین می‌توان اوراق قرضه و مشارکت، استدلال‌های یاد شده را مخدوش می‌سازد. نخستین تفاوت در سازوکار انتشار و اهداف اقتصادی این اوراق است. در اوراق مشارکت، وجوه دریافتی حتماً باید در طرح‌های مشخص تولیدی، عمرانی، یا خدمات به کار گرفته شود؛ ولی در اوراق قرضه وام گیرنده محدودیت خاصی برای مصرف وجوه ندارد و حتی می‌تواند آنها را صرف بازپرداخت دیون خود کند. افزون بر این، ماهیت سود متعلق به این دو ورقه نیز با یکدیگر متفاوت است. بدین معنا که همه اوراق قرضه، فارغ از مرجع انتشاردهنده آن، ماهیت ربوی دارند و بهره ثابتی که به دارندگان پرداخت می‌شود، از جنس رباست؛ ولی در اوراق مشارکت، فرض بر این است که ناشر از به کارگیری وجوه گردآوری شده در پروژه‌ای تعریف شده سودی به دست می‌آورد و بخشی از آن را براساس قرارداد مشارکت، به عنوان سود علی الحساب به دارندگان پرداخته، مابها لتفاوت آن را در پایان طرح و پس از محاسبه سود نهایی به دارندگان می‌پردازد. تفاوت دیگر میان قرارداد مشارکت و اوراق قرضه این است که طبق قواعد عقد قرض در اوراق قرضه، وجوه جمع‌آوری شده به ملکیت ناشر درمی‌آید و او حق دارد این سرمایه را در فعالیت مورد نظر به جریان اندازد. در عوض، ناشر متعهد می‌شود در سررسید معین، اصل مبلغ اوراق به همراه بهره متعلقه را به خریدار اوراق قرضه بپردازد؛ ولی در اوراق مشارکت، وجوه

گردآوری شده به ملکیت ناشر در نمی‌آید و طبق ماده ۳ آیین نامه اجرایی، ناشر، وکیل صاحبان سرمایه است تا وجوه گردآوری شده را در طرحی که به خاطر آن اوراق مشارکت منتشر شده است، به کار گیرد و پس از اجرای طرح مزبور، اصل مبلغ اوراق به همراه سود به دست آمده را به دارندگان اوراق پردازد و با آنها تسویه حساب کند.

۳-۵-۲. تفاوت اوراق مشارکت و اوراق قرضه

اوراق مشارکت با اوراق قرضه تشابهاتی دارند. در هر دو بازگشت اصل پول پرداختی دارنده با وجود نظر بعضی (اسکینی ۱۳۸۸، ۱۷) توسط ناشر تعهد و توسط ضامنی که او معرفی می‌کند، تضمین می‌شود. هر دو آنگونه که دیگران هم ابراز کرده‌اند، از مقوله‌ی سپردن منابع مالی برای مدت محدودند و برای مدت معین صادر می‌شوند و هیچکدام آنگونه که بعضی (اسکینی ۱۳۸۸، ۱۲) نیز مطرح کرده‌اند، از ضرر کردن، سود نبردن یا کم سود بردن شرکت ناشر تأثیر نمی‌پذیرند. در هر دو پرداخت سود با نرخ ثابت برای مدت معین تعهد و تضمین می‌شود و نرخ سود مزبور با در نظر گرفتن مدتی که پول قرار است در اختیار ناشر بماند، تعیین می‌گردد. هر دو ممکن است قابل تبدیل به سهام یا قابل تعویض با سهام باشند. همچنین، هر دو اعم از اینکه با نام یا بی‌نام باشند، بدون نیاز به کسب اجازه از ناشر اوراق قابل نقل و انتقال هستند. اما تفاوت‌های مهمی میان آن دو وجود دارد.

۳-۵-۲-۱. جایز بودن استرداد مبلغ

با وجود سکوت قانون، بسیاری کسانی که (شعبانی و قلیچ ۱۳۹۰، ۱۳۶؛ نوربخش ۱۳۹۱، ۳۷) معتقدند مبالغ پرداخت شده‌ی دارنده‌ی اوراق در اوراق مشارکت برخلاف اوراق قرضه قبل از سررسید قابل مطالبه از ناشرند. به نظر می‌رسد این نظر از جایز بودن ماهیت عقد شرکت یا عقد مضاربه که این اوراق مبتنی بر آنها هستند، نشأت می‌گیرد. با تدقیقی که بعضی (اسکینی ۱۳۸۸، ۱۰) به عمل آورده‌اند، اگر نه همه، لاقلاً بعضی از اوراق مشارکت مبتنی بر عقد مضاربه خواهند بود. بدیهی است اینکه بعضی (نظرپور و صادقی فدکی ۱۳۸۹، ۹۷) بدون دلیل این اوراق را از سوی ناشر لازم و از سوی دارنده جایز دانسته‌اند، قابل قبول نیست. همچنین، علیرغم نظری که بعضی (نظرپور و صادقی فدکی ۱۳۸۹، ۹۸) مطرح و در نهایت با آن مخالفت کرده‌اند، الفاظ عقود معمول است بر معانی عرفیه و نمی‌شود که اسم عقد مشارکت باشد، ولی طرفین از آن قسمتی قصد مشارکت و قسمتی قصد صلح (عقد صلح) و نظایر آن یا قصد توافق براساس ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی کنند.

واقعیت آن است سکه وقتی مطابق قانون مانند اوراق قرضه سود علی الحساب اینگونه اوراق با توجه به مدتی که قرار است مبالغ پرداخته شده در اختیار ناشر باقی بماند تعیین می‌شود، پس قاعداً نباید اجازه داد دارنده قبل از سررسید بتواند وجوه پرداختی را استرداد کند.

بدیهی است اگر چنین استردادی نیز اتفاق بیفتد، آنگونه که دیگران (نظرپور و صادقی فدکی ۱۳۸۹، ۱۰۲) هم ابراز کرده‌اند، سود علی الحساب سالیانه و سود علی الحساب مجموع باید با توجه به مدتی که وجوه مزبور در اختیار ناشر بوده است، تعدیل شود. البته، نه تنها محاسبه سود علی الحساب سالیانه، بلکه محاسبه سود قطعی نیز با مشکلاتی همراه خواهد بود. ضمن اینکه آنگونه که بعضی (موسویان و سروش ۱۳۹۰، ۵۱) نیز در این زمینه ابراز کرده‌اند، چنین وضعیتی سبب می‌شود ناشر نتواند به در اختیار داشتن آن وجوه تا آخر اجرای طرح اطمینان داشته و به طور قاطع به دنبال اجرای طرح باشد. آنگونه که بعضی (نظرپور و صادقی فدکی ۱۳۸۹، ۹۷) نیز مطرح کرده‌اند جایز بودن رابطه میان ناشر و دارنده مشکلات دیگری را هم مطرح می‌کند، به این صورت که با فوت یا حجر هر یک از آنها چنین رابطه‌ای از هم گسسته خواهد شد.

۳-۲-۵. نحوه سوددهی

دارندگان اوراق قرضه از زیاد سود بردن ناشر نفع نمی‌برند، یعنی اگر سود ورقه قرضه ۱۷ درصد تعیین شده باشد ولی سود ناشر از محل سبد وامی آن اوراق از این مقدار فراتر برود، چیزی از آن اضافه نصیب دارنده ورقه قرضه نخواهد شد. ولی در مورد اوراق مشارکت اینطور نیست؛ یعنی در صورت زیاد سود بردن ناشر به نحو مذکور، دارنده‌ی ورقه‌ی مشارکت در آن اضافه سهم خواهد بود. مثلاً اگر نرخ سود ثابت تعیین شده برای ورقه‌ی مشارکت او ۱۷ درصد بوده آنگونه که دیگران هم نظر داده‌اند، در صورتی که سبد مربوطه ۲۰ درصد سود بدهد، او ۳ درصد دیگر هم سود خواهد برد.

از نظر قانون فعالیت مدیریتی ناشر اوراق مشارکت جزئی از سرمایه‌ی لازم برای انجام طرح قلمداد می‌شود. در نتیجه، رابطه‌ی دارندگان اوراق مشارکت و منتشرکننده‌ی آن به صورت رابطه‌ی سرمایه و کار درمی‌آید، به نحوی که در آن با وجود نظر بعضی (اسکینی ۱۳۸۸، ۹) معمولاً سرمایه را دارندگان اوراق مشارکت می‌دهند و کار و تحصیل سود بر عهده‌ی ناشران است. البته ایرادی ندارد که این رابطه به شکل سرمایه با سرمایه و کار در نظر گرفته شود، یعنی ناشران علاوه بر آورده‌ی مدیریتی، آورده‌ی پولی یا فناورانه هم به طرح داشته باشند. بنابراین اگر ۶۰ درصد از سرمایه‌ی لازم برای اجرای طرح را از دارندگان اوراق مشارکت گرفته باشند و ۴۰ درصد بقیه توسط ناشر، آنگونه که دیگران (حسن‌زاده سروسستانی و یارسرشار ۱۳۹۱، ۸۴) هم ابراز کرده‌اند، به صورت آورده‌ی مدیریتی یا پولی یا فناورانه تأمین شده باشد، در صورتی که طرح

۲۰ درصد سود بدهد، دارندگان اوراق مشارکت علاوه بر اینکه بابت ۶۰ درصد آورده خود ۱۷ درصد سود علی الحساب می-گیرند، بلکه بابت همان ۶۰ درصد به عنوان سود تحقق یافته هم ۳ درصد می گیرند، اما بابت ۴۰ درصد آورده‌ی ناشران، تمام ۲۰ درصد سود مربوط به آن ۴۰ درصد متعلق به ناشران اوراق خواهد بود.

در اروپای قرن شانزدهم هم برای اجتناب از ربا اوراق قرضه را با توجیحات مشابه یعنی در نظر گرفتن مبنای سرمایه گذاری و تعهد و تضمین سود تحت عنوان قرارداد سه گانه در نظر گرفته‌اند، ولی آنها به تعهد و تضمین سود علی الحساب بسنده کرده و از آن فراتر نرفته‌اند. البته همیشه نمی توان گفت که دارنده‌ی ورقه‌ی مشارکت مانند سهامداران (شرکا) سود می برد، زیرا سود سهامداران نسبتی از مجموع سود ناشی از سرمایه‌ی سهامی و سرمایه‌ی وامی شرکت (به غیر از سود متعلق به دارندگان اوراق مشارکت) است، ولی سود دارندگان اوراق مشارکت فقط عبارت از سود ناشی از سرمایه‌ی (وامی) اوراق مشارکت آن هم به نسبت مبلغ پرداختی آنها خواهد بود. بدین ترتیب، سود سهامداران (شرکای) شرکت ممکن است بسته به نحوه‌ی سوددهی هر یک از سرمایه‌های وامی و سرمایه‌ی سهامی یا غیرسهامی شرکت کمتر یا بیشتر از سود قطعی مورد استحصال (حاصل شدن) دارنده‌ی ورقه مشارکت باشد. این خاصیت سبب شده که بعضی از این اوراق به اوراق مشارکت مضاربه مضیق تعبیر کرده‌اند، در حالیکه بعضی دیگر از اوراق مشارکت به گواهی‌های مشارکت یا بعضی به برگه‌های مشارکت تعبیر کرده‌اند.

با توجه به آنچه گفته شد، سود تحقق یافته‌ی منابع مالی در اختیار گذاشته شده نیز متعلق به دارندگان اوراق مشارکت است، ولی قانون معلوم نکرده که نحوه‌ی محاسبه‌ی این سود چگونه خواهد بود. در واقع، بسته به اینکه این سود به طور سالیانه محاسبه شده یا به طور کلی برای تمام مدت دوره در اختیار گذاشته شدن منابع باشد، نتیجه متفاوت خواهد بود. برای مثال، اگر سود علی الحساب اوراق مشارکت ۱۷ درصد در سال برای دوره‌ی سه ساله باشد و به ترتیب انتشار دهنده در سال اول ۱۵ درصد، در سال دوم ۱۴ درصد و در سال سوم ۲۰ درصد سود برده باشد، در روش اول باید ۳ درصد از سود سال آخر را به عنوان سود تحقق یافته به دارندگان اوراق مشارکت پردازد، ولی در روش دوم چنین تکلیفی نخواهد داشت. با توجه به اطلاق کلمه‌ی سود در عبارت «سود تحقق یافته» به نظر می رسد آنگونه که دیگران (حسن زاده سروستانی و یارشرار ۱۳۹۱، ۸۵) هم نظر داده‌اند، روش دوم روش صحیح باشد. حتی لحظه‌ی محاسبه‌ی این سود نیز مهم است و اصولاً لحظه‌ی پایان دوره اوراق را باید لحظه‌ی محاسبه‌ی این سود در نظر گرفت. البته، در صورت تأخیر در بازگرداندن منابع به صاحبان اوراق مشارکت،

خسارت تأخیر تأدیه به نرخ عادی محاسبه می‌شود، مگر اینکه با استصحاب مبنای مشارکتی، ثابت شود سود حاصل از این منابع بیشتر از آن مقدار بوده است.

در محاسبه‌ی سود تحقق یافته به طور کلی هزینه‌ها هم در نظر گرفته می‌شوند. هر هزینه‌ای به جایی تحمیل می‌شود. گمان نکنیم که وقتی ناشر اوراق موظف است بازگشت اصل سپرده‌ی دارنده‌ی اوراق مشارکت، سود علی‌الحساب و سود تحقق یافته‌ی آن را تعهد کند و این تعهد انجام می‌گیرد فشاری که به ناشر اوراق وارد شده توسط او جذب می‌شود و هیچ اتفاق خاصی نمی‌افتد. نه، ناشر هم به سهم خود برای مقابله با این فشار دنبال راه چاره می‌گردد و یکی از در دسترس‌ترین روش‌ها آن است که سهم مدیریت طرح یعنی سهم خود در طرح را افزایش دهد. مثلاً او سهم خود را با اینکه آورده‌ی پولی اصلاً نداشته یا آورده‌ی ناچیزی داشته باشد، به بالای ۵۰ درصد می‌رساند و اگر طرح خیلی پرمخاطره باشد، این سهم را خیلی بالاتر هم می‌برد.

ناشر موظف است یک ضامن معتبر اعم از وزارت اقتصاد، بانک‌ها یا دیگران را هم برای ضمانت بازگشت اصل و فرع منابع دریافتی معرفی کند. هزینه‌ی دریافت ضمانت از ضامن‌ها معتبر هم خواه‌ناخواه به هزینه‌های این فعالیت اضافه می‌شود. بی‌تردید، هزینه‌های طرح آنگونه که دیگران (حسن‌زاده سروسناری و یارسرشار ۱۳۹۱، ۸۴) هم ابراز کرده‌اند، در ابتدا در کنار استهلاک‌ها، ذخیره‌ها، اندوخته‌ها، مالیات و ضررهای سال‌های قبل، از درآمدهای آن کسر می‌شود. بنابراین به عنوان روشی دیگر جهت تحمل این موارد، باید نرخ سود علی‌الحساب نسبتاً پایین‌تر در نظر گرفته شود. کاملاً منطقی است که نرخ سود اوراقی که بازگشت اصل و پرداخت سود آنها تعهد و تضمین می‌شود، به مراتب کمتر از سود سهام (سهم‌الشرکه) باشد. ولی در شرایط کنونی رویه‌ی بانک‌ها به خصوص رویه‌ی بانک‌های دولتی که حتی با وجود ضررده بودن فعالیت‌شان برای جذب نقدینگی از جامعه سود خوبی به سپرده‌ها می‌دهند و شرکت‌های خودروسازی که در این زمینه سعی می‌کنند گوی سبقت را از آنها بربایند، این روش‌ها هم قابل استفاده نخواهند بود.

۳-۵-۲-۳. عدم امکان انتقال سرمایه بین طرح‌های مختلف

شرکت ممکن است سبدهای مختلف سرمایه‌ی اوراق مشارکت داشته باشد. مثلاً در یک سال برای انجام یک طرح راهسازی اوراق مشارکت منتشر کرده و هزار میلیارد جمع‌آوری کرده و دو سال بعد برای یک طرح سدسازی اوراق مشارکت منتشر نموده و پنج هزار میلیارد جمع‌آوری کرده باشد. در این صورت، برخلاف آنچه در مورد اوراق قرضه معمول بود، مصرف منابع ناشی از اوراق مشارکت آنگونه که بعضی (علیمرادی و سید نورایی ۱۳۹۵، ۱۳۱؛ تنانی و حسین‌پور ۱۳۹۴،

۱۶۴؛ شعبانی و قلیچ (۱۳۹۰، ۱۳۷؛ سلیمی ۱۳۹۱، ۳۰۰) نیز ابراز کرده‌اند، انعطاف‌پذیری کمتری خواهد داشت، زیرا براساس قانون طرح هر یک از آن سبدها از قبل باید برای مشارکت کنندگان آن مشخص بوده، سبد وامی هر یک از این طرح‌ها فقط باید برای همان طرح مصرف شود و نباید با سبد وامی سایر طرح‌ها یا با سبد سرمایه‌ی سهامی یا غیرسهامی شرکت مخلوط شود. این بدان دلیل است که در راهکار اوراق مشارکت آنگونه که بعضی ابراز کرده‌اند، ناشر اوراق به عنوان نماینده‌ی دارندگان اوراق مشارکت مبالغ جمع‌آوری شده را مصرف می‌کند. به همین دلیل اصولاً سود تحقق یافته یعنی سود تحقق یافته سبد معینی از اوراق مشارکت که دارنده‌ی وره آن را در اختیار دارد. در صورت مخلوط شدن مبالغ سبدهای گفته شده، سهم هر یک از سبدها در سودی که از سبد مخلوط به دست آمده است، باید با محاسبات کارشناسی مشخص شود.

تغییرات مذکور ممکن است در ابتدا چندان مهم به نظر نرسند، ولی تحلیل مبنای اوراق مشارکت را دچار اختلال اساسی کرده‌اند. الآن معلوم نیست که مبنای اوراق مشارکت مثل مبنای اوراق قرضه وام است یا مثل مبنای اوراق سهام (سهام‌الشرکه) سرمایه‌گذاری است. اگر وام است، چرا علاوه بر سود ثابت به آن از درآمد شرکت هم سهم می‌دهیم و اگر سرمایه‌گذاری است، آنگونه که بعضی (اسکینی ۱۳۸۸، ۱۵) نیز متذکر شده‌اند، چرا بازگشت اصل و سود ثابت (علی‌الحساب) تعهد و تضمین می‌شود. بنابراین وضعیتی ایجاد شده که اوراق مشارکت در عمل هم اوراق قرضه‌اند هم اوراق سهام، در همان حال نه اوراق قرضه‌اند نه اوراق سهام. با این استدلال که چنین راهکاری به جای اینکه به مشارکت در خطر منجر شود، به عبارت بعضی به انتقال خطر منجر می‌شود در خارج از ایران آنگونه که بعضی ابراز کرده‌اند، چنین تعهدات و تضمیناتی پذیرفته نمی‌شوند. در ایران هم این طرز تلقی طرفدارانی (نظرپور و ملاکریمی ۱۳۹۴، ۱۴۴) دارد. به عبارت دیگر مثال‌های متعدد از کشورهای مختلف نشان می‌دهد که به جز در ایران با وجود نظر بعضی (باریکلو ۱۳۸۷، ۱۰۹) تأمین منابع مالی به صورت اسلامی از مشارکت در ضرر جدایی‌پذیر نیست. از این دیدگاه تأمین منابع مالی به صورت اسلامی مؤکداً مبتنی است بر مشارکت در سود، ضرر و به طور کلی در مخاطره.

در روش اسلامی آنگونه که بعضی ابراز کرده‌اند تأمین منابع مالی به صورت مشارکت سهامی یا سهام‌الشرکه‌ای است تا جایی که به عبارت بعضی فعالیت اصلی بانک‌های اسلامی تجارت مشارکتی

است و آنگونه که دیگران (سلیمی ۱۳۹۱، ۲۹۸؛ نظرپور و صادقی فدکی ۱۳۸۹، ۱۱۳) هم ابراز کرده‌اند، اوراق اسلامی مبتنی بر مشارکت یا اصول مشارکتی‌اند. پس اگر آنگونه که بعضی ابراز کرده‌اند، دارندگان اوراق مشارکت مالکان منحصر طرح باشند و ناشران بدون مشارکت در سبد مالی اوراق مشارکت فقط با دریافت مزد طرح را مدیریت کنند، آنگونه که

بعضی نظر داده‌اند، هر ضرری که به آن سبب وارد می‌شود، باید به طور کامل توسط دارندگان اوراق تحمل شود. در واقع از میان ابزارهای مالی سه گانه‌ی پذیرفته شده در بانکداری اسلامی یعنی ابزارهای مبتنی بر فروش، ابزارهای مبتنی بر اجاره و ابزارهای مبتنی بر مشارکت اوراق مشارکت از ابزارهای مبتنی بر مشارکت‌اند. بدیهی است آنگونه که دیگران هم ابراز کرده‌اند، در شرایط تورمی، مشارکت به قرض دادن ترجیح داده می‌شود.

۳-۵-۳. ماهیت حقوقی اوراق مشارکت (وکالت)

براساس ماده ۳ آیین نامه اجرایی، با فروش اوراق مشارکت، میان ناشر و خریدار اوراق رابطه وکیل و موکل برقرار می‌شود. شاید از ماده مزبور چنین استنباط شود که اوراق مشارکت بر پایه عقد وکالت بنا شده است؛ بدین معنا که دارنده اوراق به ناشر وکالت می‌دهد تا به حساب او نسبت به فعالیت اقتصادی اقدام کرده، در مواعید معین، حساب مدت فعالیت را به موکل ارائه کند. برخی نیز چنین گفته‌اند که وکالت، مناسب‌ترین عقد برای انتشار اوراق مشارکت بوده، در این صورت بهتر است به جای اصطلاح اوراق مشارکت، اصطلاح اوراق سرمایه‌گذاری به کار گرفته شود (سلامی ۱۳۷۴، ۱۵)؛ ولی تفاوت‌های میان وکالت و قرارداد مشارکت، درستی این دیدگاه را زیر سوال می‌برد.

نخستین تفاوت میان قرارداد مشارکت و وکالت اینکه وکالت عقدی جایز است؛ ولی قرارداد فروش اوراق مشارکت، لازم است و در صورت امکان باز خرید اوراق قبل از سررسید، این پیمان نسبت به ناشر، لازم و نسبت به دارنده، جایز خواهد بود. نکته قابل تأمل اینکه هرچند می‌توان وکالت را به صورت قراردادی لازم درآورد؛ ولی در هر صورت، وکالت با فوت یا جنون یکی از طرفین، از بین می‌رود؛ اما در اوراق مشارکت، رابطه نمایندگی میان دارنده و ناشر همواره باقی بوده، انتقال ارادی و یا قهری اوراق، مشارکت به اشخاص ثالث، به این رابطه خللی وارد نخواهد ساخت (شیروی ۱۳۸۱، ۸۸). تفاوت دیگر اینکه وکالت یکی از عقود استنابه (استنابه به معنی نایب گرفتن است، و تبعاً چون وکیل به نیابت از موکل اقدام می‌نماید عقد وکالت از جمله عقود مبتنی بر استنابه محسوب می‌شود) است و مقتضای ذات آن اعطای نیابت است و همه آثار اعمال وکیل در حدود اذن، متوجه موکل خواهد بود؛ ولی اگرچه در اوراق مشارکت، «ناشر» به وکالت از سوی خریداران اوراق می‌تواند نسبت به مصرف وجوه حاصل از فروش اوراق، اقدام کند؛ ولی هیچ یک از فعالیت‌های او متوجه دارنده ورقه نمی‌شود و همه مسئولیت‌ها بر عهده ناشر است. البته باید توجه داشت که اگر اوراقی منتشر شود که در آن ناشر فقط به مدیریت پروژه و فعالیت اقتصادی بپردازد و همه سرمایه مورد نیاز پروژه از راه انتشار اوراق جذب شود، در این صورت ناشر

وکیل صاحبان اوراق خواهد بود و خریداران اوراق به صورت مشاع، مالک اصل فعالیت و سود آن هستند (موسویان ۱۳۸۶، ۴۰۹)؛ بنابراین می‌توان گفت از این جهت میان قرارداد مشارکت و عقد وکالت، شباهت وجود دارد.

با توجه به مطالب پیش گفته باید گفت منظور قانونگذار از رابطه وکالت میان ناشر و خریدار اوراق، رابطه ابتدایی میان این دو است، نه ماهیت ذاتی پیمان موجود در اوراق مشارکت؛ به عبارت دیگر، دارندگان اوراق مشارکت، یک وکالت بلاعزل را نسبت به اداره اموال و اجرای طرح به ناشر می‌دهند و نمی‌توانند آن را عزل کنند و به طور مستقیم در کار نظارت کنند و یا تقاضای تقسیم مال مشترک را در حد موضوع اوراق مشارکت بنمایند. در مقابل، ناشر، ضامن سرمایه و سود است و مسئولیت او در حد وکیل نیست و تعهد او نیز به نتیجه است (بلوری الکران ۱۳۷۹، ۳۳). بر این اساس، تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا در قاعده ای مشابه بیان می‌دارد:

سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت دار که بانک در به کار گرفتن آنها وکیل می‌باشد، در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک، معاملات اقساطی، مزارعه، مساقات، سرمایه‌گذاری مستقیم، معاملات سلف و جعاله مورد استفاده قرار می‌گیرد. شایان ذکر است، ماهیت حقوقی قرارداد سپرده سرمایه‌گذاری تا اندازه زیادی شبیه پیمان موجود در اوراق مشارکت است؛ یعنی نخست میان سپرده‌گذار و بانک، رابطه وکالت ایجاد می‌شود و بانک‌ها وجوه سپرده‌گذاری را به وکالت از سوی مشتری می‌پذیرند. در گام بعد، بانک‌ها این وجوه را در معاملات یا اعطای تسهیلات بانکی مانند مضاربه یا جعاله به کار می‌گیرند. از آنجا که وجوه سرمایه‌گذاران با منابع مالی بانک (سرمایه، اعتبارات، وام‌های دریافتی و سپرده‌های قرض الحسنه) آمیخته می‌شود، میان بانک و سپرده‌گذاران، رابطه شراکت برقرار می‌شود. از سوی دیگر، چون سهم هر سپرده‌گذار در عملیات بانکی به صورت دقیق قابل محاسبه نیست، قسمتی از رابطه میان بانک و مشتری براساس عقد صلح شکل می‌گیرد و بانک‌ها معمولاً میزان سود علی‌الحساب پرداختی را برابر با سود تحقق یافته قلمداد می‌کنند. با توجه به اینکه در قرارداد سپرده سرمایه‌گذاری، عقود و تعهدات گوناگونی وجود دارد، این قرارداد از مصادیق قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی است (خاوری ۱۳۷۵، ۲۴۲).

۳-۵-۴ ماهیت حقوقی اوراق مشارکت (شرکت)

«شرکت» عقدی است که طبق آن هریک از افراد معامله، مقداری مال بر ای انجام مقصودی به شرکت می‌گذارد و در مجموع آنها هر یک به نسبت سهم‌الشرکه خود به طور مشاع مالک می‌شود (عدل ۱۳۷۵، ۳۰۴). بیشتر صاحب نظران در حوزه صکوک و اوراق بهادار بر این باورند که اوراق مشارکت با ارکان عقد شرکت مطابقت دارد؛ بنابراین ماهیت قرارداد

مشارکت، عقد شرکت است (موسویان ۱۳۸۶، ۴۰۹). در مقابل، برخی از حقوقدانان با توجه به مفاد قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت، نظر دیگری درباره ماهیت این اوراق دارند. گروهی از آنان اوراق مشارکت را به مضاربه شبیه می‌دانند (پاسبان ۱۳۸۶، ۲۹۵) و برخی قرارداد فروش اوراق مشارکت را عقدی نوظهور و از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی برمی‌شمارند (شیروی ۱۳۸۱، ۹۳).

فقطا درباره ماهیت اوراق مشارکت، این گونه استدلال می‌کنند که با خرید اوراق مشارکت، میان ناشر و خریداران در پروژه مربوط، رابطه شراکت برقرار می‌شود و این رابطه تا پایان طرح مزبور برقرار است و نتیجه خرید اوراق مشارکت در نهایت، شریک شدن در کارهای اقتصادی مورد نظر است (مؤمن قمی ۱۳۷۸، ۱۰)؛ به عبارت دیگر، ماهیت حقوقی کار در اوراق مشارکت آن است که صاحبان اوراق به صورت مشاع در جایگاه صاحبان سرمایه در احداث پروژه یا انجام یک فعالیت اقتصادی مشارکت می‌کنند و به تبع آن در سود حاصله سهم می‌شوند و چنان چه پروژه با زیان روبه رو شود، به تناسب میان صاحبان سرمایه تقسیم می‌شود (تسخیری ۱۳۸۶، ۱۴). از سوی دیگر، به دلیل اینکه ناشر براساس محاسبات قبلی به سودآوری طرح اطمینان دارد، بخشی از سود پروژه را با عنوان سود علی الحساب در مواعد معینی به دارنده می‌پردازد و باقی سود را پس از اتمام پروژه و محاسبه سود قطعی پرداخت می‌کند. رابطه شراکت میان ناشر و خریداران با شروط خاصی همراه است؛ یعنی براساس توافق خریداران به عنوان شرکای پروژه، حق هیچ گونه دخالت و اظهار نظر درباره طرح مزبور ندارند و فقط مستحق دریافت سودند و با توجه به اینکه طبق توافق طرفین، مدت مشارکت خریداران اوراق بالاجبار محدود شده است، با پایان یافتن پروژه، ناشر کل پروژه را به قیمت بازار یا قیمت توافقی، تقویم کرده، سهم دارندگان اوراق را از آنان خریداری می‌کند و براساس همین قیمت، مابه‌التفاوت سود علی الحساب و سود قطعی را به آنها می‌پردازد؛ به عبارت دیگر، شروع واگذاری اوراق مشارکت از سوی ناشر (به وسیله بانک عامل)، به معنای شروع عقد شرکت و دریافت اوراق به معنای ورود در عقد شرکت و پایان دوره واگذاری به معنای انتهای عقد شرکت خواهد بود و از آن لحظه به بعد، دارندگان اوراق مشارکت به نسبت سرمایه‌ای که آورده‌اند، در دارایی موضوع مشارکت شریک می‌شوند و به طور مشاع، مالک آن خواهند بود (مؤمن قمی ۱۳۷۸، ۱۰). این شرکت، شرکت مدنی است و برخلاف شرکت تجاری که در آن شخصیت حقوقی مستقلی ایجاد می‌شود و پروژه یا فعالیت اقتصادی مورد بحث به این شخصیت تعلق می‌گیرد، پروژه‌ای که به خاطر آن اوراق مشارکت منتشر شده است، به صورت مشاع به ملکیت دارندگان اوراق و ناشر درمی‌آید.

از دیدگاه حقوقدانان، بنیادی‌ترین عنصر موجود در عقد شرکت، در اوراق مشارکت وجود ندارد؛ یعنی رکن اساسی عقد شرکت، شراکت طرفین به صورت مشاع در موضوع عقد است؛ بدین معنا که طرفین در جزء جزء موضوع شرکت با هم شریک‌اند و این در حالی است که طبق ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی دارندگان اوراق مشارکت، به نسبت قیمت اسمی و مدت زمان مشارکت در نتیجه مالی حاصل از اجرای طرح‌های مربوط، سهم خواهند بود. به نظر این گروه، آنچه از متن قانون و رویه عملی ناشران اوراق مشارکت به دست می‌آید این است که در این اوراق، دارندگان فقط در سود ناشی از اجرای طرح با ناشر شریک خواهند بود و نسبت به موضوع طرح، اشاعه‌ای وجود ندارد؛ به عبارت دیگر، منظور از مشارکت، مشارکت در اموال و دارایی‌ها و در نتیجه در سود یا ضرر یک واحد اقتصادی نیست، بلکه مشارکت فقط نسبت به سود یا نتیجه مالی حاصل از اجرای پروژه مطرح است (شیروی ۱۳۸۱، ۸۱). در واقع ناشر اوراق مشارکت برای اجرای طرح مورد نظر خویش، به سرمایه‌های هنگفتی نیاز دارد؛ ولی نمی‌خواهد سرمایه‌گذار را در طرح مزبور شریک کند. از این رو، در قرارداد مشارکت این شرط پنهان نهفته است که خریدار فقط در سود به دست آمده، شریک است و کل پروژه به ناشر تعلق دارد؛ به عنوان مثال، اگر شرکت سهامی به منظور ساخت مجتمعی اداری - تجاری، به انتشار اوراق مشارکت اقدام کند و از محل درآمد حاصل از فروش اوراق، به خرید زمین، آهن و سیمان اقدام کند، دارندگان اوراق در این اموال شریک نیستند و پس از انجام پروژه نیز فقط می‌توانند سود خود را مطالبه کنند و هیچ حقی در موضوع انجام شده ندارند.

در پاسخ به این اشکال گفته می‌شود در پروژه‌ای که به خاطر آن اوراق مشارکت منتشر شده است، شراکت به صورت مشاع جاری است و اشاره قانونگذار به سهم بودن خریداران اوراق در سود طرح در واقع بیانگر انگیزه اصلی صاحبان ثروت در خرید اوراق مزبور است؛ به عبارت دیگر، سهم بردن دارندگان از نتیجه مالی طرح بدین معنا نیست که آنها در خود پروژه شراکت ندارند، بلکه چون مهمترین هدف آنان کسب سود است، قانونگذار این انگیزه را به صورت برجسته‌تری بیان می‌کند و بر آن تأکید کرده است. ضمن آنکه در متن قانون، عبارتی که سهم دارندگان اوراق مشارکت را فقط به سود منحصر کند، دیده نمی‌شود. افزون بر این، طبق قاعده تبعیت نماء از اصل، سود حاصل از عقود مشارکتی به مالک آن تعلق دارد. مفهوم مخالف قاعده مزبور این است که نمی‌توان به دارنده اوراق مشارکت سودی پرداخت کرد و در عین حال او را شریک در طرح ندانست؛ زیرا در این صورت منشأ سود پرداخت شده مبهم است و از لحاظ شرعی قابل توجیه نیست.

اشکال دوم حقوقدانان این است که در اوراق مشارکت، پرداخت حداقل سود ذیل عنوان سود علی‌الحساب تضمین شده است و حال آنکه در قواعد فقه‌الشرکه، چنین چیزی وجود ندارد؛ یعنی میان فقها در صحت شرط پرداخت سود اضافه و یا

عدم تعلق ضرر به برخی از شرکا، در صورتی که در مقابل کار زیادی نباشد، اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از فقیهان چنین شرطی را باعث بطلان شرکت دانسته‌اند (فخارطوسی بی تا، ۳۳۲) و برخی دیگر به جواز چنین شرطی قائل شده‌اند (موسوی خمینی ۱۴۲۵ق، ۵۹۵). به عبارت دیگر، از لحاظ فقهی در عقد شرکت نهایتاً می‌توان چنین شرط کرد که یک یا چند تن از شرکا زیان‌های احتمالی را بر عهده گیرند؛ ولی به هیچ وجه نمی‌توان گفت اگر از فعالیت شرکت، سودی حاصل نشد یا آنکه اصل سرمایه دچار زیان شد، به برخی از شرکا علاوه بر اصل سرمایه، سودی نیز پرداخت شود. بر همین اساس، حقوقدانان معتقدند اگر تضمین به معنای تعهد شخص ناشر در مقابل صاحب ورقه مشارکت باشد، قرارداد میان طرفین یک قرارداد قرض در قالب قرارداد صوری شرکت است (اسکینی ۱۳۸۸، ۱۵).

در پاسخ به این اشکال، بیان شده است که مقصود از تضمین، تضمین مبلغ و نرخ‌های معین نیست، بلکه مقصود تضمین اصل عملیات و بازپرداخت سرمایه، سود علی‌الحساب و سود تحقق یافته در فرض وجود است؛ بدین معنا که ناشر به صاحبان اوراق تضمین می‌دهد که اگر طرح با موفقیت انجام شد و سود حاصل گردید، حتماً اصل سرمایه و سود حاصله پرداخت خواهد شد؛ ولی در اینکه نرخ سود چقدر خواهد بود، تضمینی وجود ندارد. این تفسیر با مقتضای شرکت، منافاتی ندارد (هادوی تهرانی ۱۳۷۸، ۴۹) و در واقع مقتضای خود شرکت است (موسویان ۱۳۸۶، ۴۱۸)؛ ولی اگر بنا باشد سرمایه و سود با هم تضمین شود، این همان وجه حیلۀ شرعی و مصداق رباست (هاشمی ۱۳۷۰، ۷۳). با این حال، پذیرش این نظر از لحاظ عملی بسیار دشوار است؛ زیرا در حال حاضر بیشتر اوراق مشارکت قبل از سررسید قابل بازخریدند و دارنده این اوراق می‌تواند به بانک عامل رجوع کند و اصل مبلغ را به علاوه سود اوراق، با محاسبه نرخ تنزیل، دریافت کند. حال اگر پس از پایان یافتن پروژه مشخص شود که طرح مورد نظر با شکست مواجه شده است، باز پس گرفتن سود پرداخت شده به خریدار، غیرممکن است و تحمیل زیان وارده بر آخرین دارنده نیز ناعادلانه است؛ به عبارت دیگر، سود علی‌الحساب غیرقابل بازگشت است و با توجه به مفاد قرارداد منعقدۀ میان ناشر و خریدار با فرض زیان‌دهی سرمایه‌گذاری، ناشر نمی‌تواند علیه پذیرهنویس دعوای استرداد کند (پاسبان ۱۳۸۶، ۳۰۲). به نظر می‌رسد برای حل این مسئله می‌توان از مکانیزم «تضمین شخص ثالث» بهره جست.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

نتیجه‌گیری

این تحقیق به هدف بررسی اوراق مشارکت در فقه امامیه، فقه مذاهب و حقوق موضوعه صورت گرفت. ابتدا باید گفت که نظام مالی اسلامی دارای مبانی، اصول و قواعدی است که شارع، حصول آنها را در تمامی عقود (مغایبه‌ای) لازم دانسته است. این قواعد را می‌توان در الزام طرفین به وفای به عده، حرمت و ممنوعیت هر گونه ربا، حرمت اکل مال به باطل، ممنوعیت ایجاد غرر در معامله برای طرفین و قواعدی از این دست دانست. با این توضیح و با توجه به آنکه پس از انقلاب اسلامی مقنن سعی در انطباق عقود و قراردادهای تجاری با قواعد اسلامی نمود؛ اوراق قرضه حذف و اوراق مشابه‌ای با کارکردهای مشابه لیکن با رعایت قواعد شرعی پیش گفته جایگزین گردید، یکی از این نهادهای مشابه، اوراق مشارکت می‌باشد.

ارکان دخیل در این اوراق را باید ناشر، موضوع یا پروژه‌ی مورد مشارکت، بانک عامل که از طرف ناشر اوراق را منتشر می‌نماید و امین که به نوعی وظیفه نظارت را انجام می‌دهد دانست. از حیث فقهی تضمین اصل سرمایه از نظر فقه اسلامی مردود است لیکن برای حل این مشکل با توجه به نظر برخی فقها در صورتی که یک موسسه‌ی واسطه بعنوان وکیل، رابط طرفین باشد، آن موسسه به صورت داوطلبانه می‌تواند اصل سرمایه را تضمین نماید. مشابه همین قواعد را در ضرردهی طرح می‌توان مشاهده نمود. به گونه‌ای که تضمین عدم ضرر بواسطه ثالث بلاشکال می‌نماید.

از منظر فقه امامیه و مذاهب اسلامی باید گفت که ربا و معاملات ربوی در تمام مذاهب منع شده است، لیکن جزئیات آن قدری متفاوت است که در خلال متن مورد اشاره قرار گرفت. آن چیزی که بیش از همه شبهه ربوی بودن اوراق مشارکت را ایجاد می‌نماید، تضمین‌های مختلفی است که ناشرین اوراق مشارکت جهت افزایش استقبال عمومی از این اوراق، بر روی آن اعمال می‌نمایند. اما اینکه در فرض ضررده بودن طرح چه باید کرد، اقوال مختلفی وجود دارد. بیشتر فقهای اهل سنت معتقدند که سود متناسب با آنچه شرط شده تقسیم می‌شود ولی زیان به نسبت سهم مشارکت تقسیم می‌شود. در پرداخت سود؛ علی الحساب در صورتی که این سود قبل از سوددهی حقیقی طرح باشد؛ پرداخت آن از منظر امامیه و اهل سنت (مذاهب اربعه) ایراد دارد؛ زیرا به نظر اکثر فقها عقد اصلی به جای اینکه حالت مشارکت داشته باشد؛ صورت عقد قرض به خود می‌گیرد که پرداخت زیاده در آن حرام است. پرداخت سود پس از سودآوری واقعی به صورت دوره‌ای، بلامانع است؛ هر چند حالتی که

طرح به سوددهی مورد انتظار نرسد ولی ناشر به خاطر عمل به تعهد خود سود غیرواقعی منطبق با مبلغ تعهد شده در ورقه مشارکت به دارندگان اوراق بدهد، به شدت مورد تردید علمای مذاهب اربعه قرار گرفته است.

خرید و فروش ثانویه‌ی اوراق چه این خرید و فروش مابین ناشر و خریدار باشد (باز خرید اوراق) چه مابین افراد عادی؛ بلاشکال می‌نماید و حتی با شروط مشکلی که برای خرید دین در برخی مذاهب همچون مالکیه وجود دارد قابل تطبیق می‌باشد.

پیشنهادها

- ۱- می‌توان از شرکت‌های بیمه درخواست نمود تا با بررسی ریسک‌های مورد انتظار در انواع طرح‌های موجود؛ ضرردهی طرح را مورد بیمه قرار دهند و این حق بیمه، بر قسمت اسمی اوراق مشارکت اضافه شود بدین صورت علاوه بر آنکه سرمایه گذاران خودشان سرمایه خودشان را تضمین نموده‌اند، شبهه ربوی بودن نیز از بین می‌رود.
- ۲- بهتر است از بار اوراق مشارکت کاسته و برخی از طرح‌های موجود را بر مبنای اوراق استصناع، مزارعه و دیگر عقود اسلامی؛ در مسیر حقیقی و ذاتی خود انجام داد.
- ۳- به نظر می‌رسد هماهنگی میان نرخ تورم و سود اوراق مشارکت می‌تواند شبهه ربوی بودن این اوراق را از بین ببرد.
- ۴- الزام و تشویق شرکت‌ها به استفاده از صکوک اسلامی و اوراق مشارکت اسلامی.

منابع و ماخذ

منابع فارسی

- ۱- ابوذری، سروش. ۱۳۹۰. «مروری بر ابزارهای مالی اسلامی»، *کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار*.
- ۲- اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات. ۱۳۸۴. *مجموعه قوانین و مقررات بورس اوراق بهادار*، تهران: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، چاپ اول.
- ۳- اسکینی، ربیعا. ۱۳۷۷. «حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری»، تهران: چاپ سمت، جلد دوم.
- ۴- _____ ۱۳۸۸. *تأملاتی در خصوص ساختار و ماهیت حقوقی اوراق مشارکت، مدرس علوم انسانی؛ پژوهش‌های تطبیقی*، ۴ (۱۳): ۱-۱۸.
- ۵- امامی، سیدحسن. ۱۳۸۲. *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامیه.
- ۶- انصاری، جعفر. ۱۳۸۶. *مبانی نظام مالی بانگرس اسلامی*، قم: انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، چاپ اول.
- ۷- باریکلو، علیرضا. ۱۳۸۷. «وضعیت شرط تضمین سود»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، ۳۸ (۴): ۸۹-۱۱۰.
- ۸- بجنوردی، محمد. ۱۴۰۱ق. *قواعد فقهی*، تهران: موسسه عروج، چاپ سوم.
- ۹- بلوری‌الکران، محبوب. ۱۳۷۹. *نظام حقوقی اوراق مشارکت*، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق کارشناسی ارشد.
- ۱۰- پاسبان، محمدرضا. ۱۳۸۶. *حقوق شرکت‌های تجاری*، تهران: سمت.
- ۱۱- پژوهشکده پولی و بانکی - بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران. ۱۳۸۵. *صکوک*، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی، چاپ اول.
- ۱۲- تسخیری، محمدعلی. ۱۳۸۶. «مبانی شرعی اوراق بهادار اسلامی (صکوک)»؛ *فصلنامه اقتصاد اسلامی*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۲۷.
- ۱۳- توحیدی، محمد. ۱۳۹۴. *بررسی اوراق بهادار تورم پیوند در جهان*، تهران: مرکز پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی سازمان بورس و اوراق بهادار.
- ۱۴- تنانی، محسن؛ امیرحسین، حسین‌پور. ۱۳۹۴. «اوراق مشارکت؛ مباحث، مشکلات، ابهامات، نارسایی‌ها و پیشنهاداتی در جهت حل آنها»، *فصلنامه پژوهش حسابداری* ۴ (۴): ۱۶۸-۱۴۹.
- ۱۵- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر. ۱۳۷۶. *ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- ۱۶- حدادی، محمدحسن. ۱۳۹۰. *صکوک چیست و چه مزایایی دارد*.
- ۱۷- حسن‌زاده سروسرستانی، حسین؛ مهدی یارسرشار. ۱۳۹۱. «مطالعه‌ی تطبیقی اوراق مشارکت منتشره در ایران و صکوک مشارکت»، *تحقیقات مالی اسلامی* ۱ (۳): ۶۹-۹۸.
- ۱۸- حسین‌زاده بحرینی، محمدحسین. ۱۳۷۶. «بررسی فقهی و اقتصادی سود تضمین نشده»، *فصلنامه اندیشه حوزه*، مشهد،

- ۱۹- خاوری، محمودرضا. ۱۳۷۵. حقوق بانکی، چاپ سوم، تهران، موسسه عالی بانکداری ایران.
- ۲۰- جمعی از مولفین. ۱۳۸۴. فقه اهل بیت علیهم السلام، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم اسلام، چاپ اول.
- ۲۱- رضایی مجید. ۱۳۸۴. «آثار برخی قواعد فقهی بر بازار کار»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، ۱۸.
- ۲۲- ستوده تهرانی، حسن. ۱۳۷۶. حقوق تجارت، تهران: نشر دادگستر، چاپ سوم، جلد سوم.
- ۲۳- سرآبادانی، غلامرضا. ۱۳۷۹. «نگرش اسلام به فعالیت‌های بازار بورس و اوراق بهادار»، قم: پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مفید.
- ۲۴- سلامی، غلامرضا. ۱۳۷۴. «اوراق مشارکت و قانون»، ماهنامه حسابدار، شماره ۱۱۲، تهران: انجمن حسابداران خبره ایران.
- ۲۵- سلمان، سیدعلی. ۱۳۸۶. محصولات بازار سرمایه اسلامی، ترجمه محمدمهدی عسگری و همکاران، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- ۲۶- سلیمی، علیرضا. ۱۳۹۱. «ضرورت توسعه اوراق بهادار اسلامی»، فصلنامه راهبرد ۲۱ (۶۵): ۳۱۸-۲۹۱.
- ۲۷- شعبانی، احمد؛ وهاب، قلیچ. ۱۳۹۰. «قابلیت اوراق بهادار اسلامی در مهار تورم به عنوان ابزار سیاستی (مطالعه‌ی موردی: اوراق مشارکت، اجاره، مرابحه، و استصناع)»، اقتصاد اسلامی ۱۱ (۴۳): ۱۵۸-۱۲۷.
- ۲۸- شرکت تامین سرمایه امین. ۱۳۹۰. «تامین مالی از طریق انتشار اوراق بهادار»، همایش تخصصی فرصت‌های تامین مالی برای ناشران بورس.
- ۲۹- شیروی، عبدالحسین. ۱۳۸۱. «اوراق مشارکت؛ برداشتی نو از مفهوم سنتی مشارکت»، مجله دانشگاه ادبیات و علوم انسانی دانشگاه تبریز، تبریز: دانشگاه تبریز، شماره ۸.
- ۳۰- صابرنیا، مصطفی. ۱۳۸۷. «ماهیت فقهی و حقوقی اوراق مشارکت»، قم: پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مفید.
- ۳۱- صالح‌آبادی، علی. ۱۳۸۵. اصول و مبانی بازارهای مالی اسلامی و درس‌هایی برای ایران. بازارهای مالی اسلامی مجموعه مقالات، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- ۳۲- عدل، مصطفی. ۱۳۷۵. حقوق مدنی، جلد اول، چاپ اول، قم: دارالعلم.
- ۳۳- علیمرادی، محمد؛ محمدرضا، سید نورایی. ۱۳۹۵. «بررسی و مقایسه‌ی رخدادهای پدیددهی «فصل شدن در بدهی‌ها (debt overhang)» در اوراق مشارکت و اوراق قرضه»، مجله اقتصاد و بانکداری اسلامی ۵ (۱۶): ۱۳۳-۱۲۱.
- ۳۴- علوی رضوی، سیدیحیی. ۱۳۸۸. «شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه»، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ۹ (۳۳).
- ۳۵- عیوضلو، حسین. ۱۳۷۷. تحلیل فقهی اقتصادی اوراق قرضه در بازارهای پول و سرمایه ایران، تهران.
- ۳۶- کاشانی، سید محمود. ۱۳۸۷. بررسی حقوقی چهارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا، مؤسسه عالی بانکداری تهران: مجموعه مقالات هشتمین سمینار بانکداری اسلامی.
- ۳۷- کریمی، کامران. ۱۳۹۱. «استفاده از اوراق مشارکت شهری در تأمین مالی پروژه‌ها»، مجله اقتصاد شهر، ۱۶: ۴۳-۵۲.
- ۳۸- معصومی‌نیا، غلامعلی؛ سیدی‌نیا، سید اکبر. ۱۳۸۹. «بررسی فقهی قرارداد اختیار معامله»، اقتصاد اسلامی، شماره ۴۰.

- ۳۹- مکارم شیرازی، ناصر. ۱۳۶۸. توضیح المسائل، قم: انتشارات هدف
- ۴۰- موسویان، سیدعباس. ۱۳۸۶. فرهنگ اصطلاحات فقهی و حقوقی معاملات، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۴۱- _____ . ۱۳۹۱. «بازار سرمایه اسلامی (۱)»، تهران، سازمان مالی اسناد خزانه اسلامی، اقتصاد اسلامی، شماره ۴۵.
- ۴۲- موسویان، سید عباس؛ سروش، ابوذر. ۱۳۹۰. «آسیب شناسی فقهی، اقتصادی و مالی انتشار اوراق مشارکت در ایران»، فصلنامه‌ی بورس اوراق بهادار، ۱۵: ۶۰-۲۹.
- ۴۳- مومنی قمی، محمد. ۱۳۷۸. «جایگاه اوراق مشارکت در نظام اقتصاد اسلامی»، فصلنامه معرفت، قم، موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، شماره ۲۸.
- ۴۴- نظرپور، محمدتقی؛ سید عبدالله، صادقی فدکی. ۱۳۸۹. «بررسی ماهیت فقهی و حقوقی و سود علی الحساب اوراق مشارکت»، حقوق اسلامی، ص ۹۱-۱۱۹.
- ۴۵- نظرپور، محمدتقی؛ فرشته، ملاکریمی. ۱۳۹۴. «بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی»، فصلنامه اقتصاد اسلامی ۱۵ (۵۷): ۱۶۶-۱۳۷.
- ۴۶- نوربخش، ایمان. ۱۳۹۱. «پیشنهادهایی برای کارآمدی بیشتر اوراق مشارکت»، تازه‌های اقتصاد، ۱۳۶: ۳۸-۳۶.
- ۴۷- هادوی تهرانی، مهدی. ۱۳۷۸. مبانی فقهی اوراق مشارکت، مجموعه مقالات دهمین همایش بانکداری اسلامی، تهران: موسسه عالی بانکداری ایران، چ اول.
- ۴۸- هاشمی، سید محمود. ۱۳۷۰. سخنرانی حجت الاسلام و المسلمین سید محمود هاشمی، سرپرست موسسه دایره المعارف فقه اسلامی، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات ارائه شده در دومین سمینار بانکداری اسلامی، چاپ اول، تهران: موسسه بانکداری ایران.

منابع عربی

• قرآن کریم

- ۱- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم. بی تا. *مجموعه الفتاوی*، بی جا: دارالوفاء.
- ۲- ابن رشد، القرطبی الاندلسی، ابوالولید محمد بن احمد بن محمد بن احمد. ۱۴۰۵ق. *بدایه المجتهد و نهایه المقتصد*، بیروت: دارالفکر.
- ۳- ابن فارس، حسین بن احمد بن فارس بن زکریا. ۱۳۶۲. *مقاییس اللغه*، بیروت: داراحیا و الکتب العربیه.
- ۴- ابن قدامه، ابی محمد عبدالله بن محمد. ۱۴۰۸ق. *المغنی*، بیروت: دارالکتب العربیه.
- ۵- ابن قیم، محمد بن ابی بکر سعد. بی تا. *اعلام الموقعین عن رب العالمین*، بیروت: دارالفکر.
- ۶- ابن عربی، محمد بن عبدالله. ۱۴۰۵ق. *احکام القرآن*، بیروت: دارالفکر، چاپ اول.
- ۷- ابن منظور، ۱۴۰۸ق. *لسان العرب*، بیروت: داراحیا الحرات العربیه، چاپ اول.
- ۸- انصاری، مرتضی. ۱۴۱۰ق. *المکاسب*، بیروت: موسسه النعمان.
- ۹- بحرانی، یوسف. ۱۴۰۵ق. *الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۰- بروجردی، سید حسین. ۱۴۱۰ق. *جامع احادیث الشیعہ*، قم: چاپخانه علمیه.
- ۱۱- حرعاملی، محمد بن حسن. ۱۴۱۴ق، *وسائل الشیعہ الی تحصیل مسائل الشریعہ*. قم: موسسه آل البیت لاحیاء التراث، چاپ دوم.
- ۱۲- حلبی، ابی صلاح تقی الدین ابن نجم الدین عبدالله، ۱۴۱۰ق. *الکافی فی الفقه*، بیروت، الدار الاسلامیه، چاپ اول، جلد اول.
- ۱۳- حلی (علامه)، حسن بن یوسف. ۱۴۱۵ق. *تذکره الفقهاء*، قم: انتشارات جامعه مدرسین، چاپ اول.
- ۱۴- حلی، ابی طالب محمد بن حسن بن یوسف بن المطهر (فخرالمحققین). ۱۳۸۸. *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، قم، چاپ اول، جلد دوم.
- ۱۵- حلی، حسن بن یوسف. ۱۴۱۵ق. *مختلف الشیعہ فی احکام الشریعہ*، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
- ۱۶- حلی، ابوالقاسم (محقق حلی). ۱۴۱۰ق. *المختصر النافع*، بیروت، الدار الاسلامیه، چاپ اول.
- ۱۷- حمود، سامی حسن. ۱۹۹۸م. *بیع الدین و سندات القرض و بدائلها الشرعیة فی مجال القطاع العام والخاص*، منامه، مجمع فقه اسلامی.
- ۱۸- الجزیری، عبدالرحمن. ۱۴۲۷ق. *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت: انتشارات دار الآفاق العربیه.
- ۱۹- جبعی العاملی (شهید ثانی)، زین الدین. ۱۴۱۴ق. *الروضه البهیة فی شرح اللمه الدمشقیه*، نجف: جامعه النجف الدینیة.
- ۲۰- جبعلی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). ۱۴۱۴ق. *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*. قم، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، جلد چهارم.
- ۲۱- جزیری، عبدالرحمن. ۱۴۲۷ق. *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت: انتشارات دار الآفاق العربیه.
- ۲۲- راغب اصفهانی، بی تا. *مفردات الفاظ القرآن*، بی جا: مکتبه المرتضویه.
- ۲۳- زحیلی، وهبه. ۱۳۷۵ش. *اصول الفقه الاسلامیه*، تهران: دار احسان، چاپ اول.

- ۲۴- سرخسی، شمس الدین. ۱۴۰۶ق. المبسوط، بیروت: دارالفکر.
- ۲۵- سیستانی، سید علی. ۱۴۱۷ق. منهاج الصالحین، قم: مکتب آیه سیستانی، ج ۲.
- ۲۶- سنهوری، عبدالرزاق احمد. ۱۹۹۸ق. نظریه العقد، الجزء الاولى، منشورات الحلبي الحقوقیه، بیروت.
- ۲۷- شیخ مفید. ۱۴۱۳ق، المقنعه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول.
- ۲۸- شوکانی، محمد بن علی. ۱۴۱۳ق. نیل الاوطار، مصر: دارالحدیث.
- ۲۹- طباطبایی حکیم، محسن. بی تا. مستمسک العروه الوثقی، بیروت: داراحیاء التراث العربی، جلد ۱۳.
- ۳۰- طباطبایی، محمدحسین. ۱۳۹۴. المیزان فی تفسیر القرآن، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم.
- ۳۱- طباطبایی یزدی، محمد کاظم. ۱۴۱۰ق. العروه الوثقی، بیروت: مکتب و کلا الامام الخمینی (ره)، چاپ اول.
- ۳۲- طوسی، ابی جعفر. ۱۳۷۷ق. الخلاف، جلد سوم، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ۳۳- عاملی، شیخ حر (محمدبن حسن). ۱۴۰۹ق. وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- ۳۴- فخار طوسی، جواد. بی تا. فقه اهل بیت علیهم السلام، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد ۲۶، چاپ اول.
- ۳۵- فیروزآبادی، مجدالدین. ۱۴۱۰ق. القاموس المحیط، بیروت: دارالمعرفه.
- ۳۶- قرطبی، ابی عبدالله محمد بن احمد انصاری. ۱۳۵۴ق، تفسیر القرطبی، تهران: انتشارات ناصر خسرو.
- ۳۷- کرکی، علی بن الحسین. ۱۴۰۹ق. رسائل المحقق کرکی، قم: دفتر نشر اسلامی.
- ۳۸- محقق اردبیلی، احمد بن محمد. ۱۴۰۴ق. مجمع الفائده والبرهان، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ۳۹- محقق داماد، سیدمصطفی. ۱۴۰۶ق. قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۴۰- مروارید، علی اصغر. ۱۴۲۱ق. المصادر الفقهی، بیروت: دارالتراث، چاپ اول.
- ۴۱- مصری، رفیق یونس. ۱۴۲۲ق. الجامع فی اصول الربا، دمشق: دارالقلم.
- ۴۲- مصطفوی، حسن. ۱۴۰۵ق. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، بیروت: داراحیا.
- ۴۳- مکارم شیرازی، ناصر. ۱۴۲۵ق. انوارالفقاهه، قم: انتشارات مدرسه امام علی (ع).
- ۴۴- مکی العاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین. ۱۴۱۴ق. الدروس الشرعیه، قم: موسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- ۴۵- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن. ۱۳۸۹ق. القواعد الفقهی، قم: دارالکتب العلمیه.
- ۴۶- موسوی خمینی، روح اله. ۱۴۲۵ق. تحریر الوسیله، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۴۷- _____ ۱۴۲۱ق. البیع، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، جلد ۱.
- ۴۸- نجفی، محمد حسن. ۱۴۰۱ق. جواهر الکلام. تحقیق علی الآخوندی، باب هفتم، بیروت: داراحیا التراث العربی.
- ۴۹- نوری طبرسی، حسین. ۱۴۰۸ق. مستدرک الوسائل، بیروت: موسسه آل البيت لاحیاء التراث، چاپ دوم.
- ۵۰- نووی دمشقی، یحیی بن شرف. ۱۴۱۰ق. روضه الطالبین، تحقیق: عادل احمد عبدالموجود و علی محمد معرفی، بیروت: دارالکتب العلمیه.

کارنامک

اختیاری

برگ تایید هیئت داوران / صورت جلسه دفاع اسکن شود

Abstract

The purpose of this study was to investigate the different theories of Imamiyyah jurisprudence and related religions regarding participation papers as well as explaining the nature and legal status of these papers. The method used in this study is descriptive-analytical. It should be said that partnership papers are those used to raise public funds and to carry out various development, construction, industrial, and other activities. These securities replace the bonds. From a legal point of view, the parties to a partnership can be considered as publishers, banks and trustees, and the subject of the bonds depends on the project being funded. Some jurists see the nature of partnerships as civil partnerships, although others have argued that they are based on power of attorney, mudarabah and even assumption. From the jurisprudential point of view, some jurists have concluded that perhaps the main disadvantages are the guarantee of profit and the guarantee of the principle of capital. To solve this problem, it has been attempted to solve the problem by paying off the profits and the use of financial intermediaries, by investing funds into the representation of the shareholders (buyers) with the users (executors of the project). Not. However, since it is considered a third party partnership agreement, it can voluntarily guarantee capital to investors, so that the project executor commits the project to the institution (ultimately the holders of securities) if the project is lost. To compensate. Although caution should be exercised in adopting this approach, it is currently being used to encourage the buyer too publicly.

Keywords: securities, participation bonds, sukuk, usury, company.

الملخص:

أوراق المشاركة هي الأوراق التي تستخدم لجمع رأس المال العام وأداء مختلف المسائل المدنية والإنشائية والصناعية وغيرها. هذه السندات هي بدائل للسندات. من وجهة النظر الفقهية، يجدر القول أن بعض الفقهاء اعترضوا على هذا العقد، الذي ربما كان الاعتراض الرئيسي على ضمان الربح وضمنان مبدأ رأس المال. لحل هذه المشكلة، جرت محاولة لحل المشكلة عن طريق دفع الفائدة على الحساب واستخدام المؤسسات المالية الوسيطة، بحيث تستثمر المؤسسة الأموال نيابة عن مالكي سندات المشاركة (المشترين) في نظر المستخدمين (منفذى المشروع). ومع ذلك، نظراً لأن هذه المؤسسة تعتبر اتفاقية شراكة لطرف ثالث، يمكنها ضمان رأس المال طواعية للمستثمرين بحيث يتعهد منفذ المشروع بتعويض الخسارة التي لحقت بالمؤسسة (في نهاية المطاف أصحاب السندات) في حالة تلف المشروع. على الرغم من أنه يجب توخي الحذر عند قبول هذا النهج، إلا أنه يتم استخدامه حالياً بنفس الطريقة التي يتم بها التشجيع العام لشراء الأوراق المالية. الطريقة المستخدمة في البحث هي وصفية تحليلية. أجريت الدراسة لفحص أوراق المشاركة في الفقه والقانون الإيراني، وتهدف هذه الدراسة إلى شرح النظريات المختلفة في الفقه الإمامي والأديان الأربعة فيما يتعلق بأوراق المشاركة، وكذلك شرح طبيعته هذه الأوراق ووضعها القانوني.

الكلمات المفتاحية: الأوراق المالية، سندات المشاركة، الصكوك، الربا، الشركة.



دانشگاه مجلس شورای اسلامی

Institution Name

Faculty Name

A Thesis / Dissertation Submitted in Partial Fulfillment for the Degree of

Papers on Islamic Jurisprudence, Religions and Iranian Law

By

Mohammad Dalvand

Supervisor

Mehdi Rahbar

Advisor

Eftekhar Daneshpour

November 2019