

بررسی فقهی روش‌های تضمین اصل سرمایه در اوراق بهادار اسلامی (مشارکت، مضاربه)^۱

نرگس یزدانی*

سید ابوالقاسم نقیبی**

محمد کاظم رحمان ستایش***

علمی - پژوهشی

چکیده

اوراق بهادار اسلامی (صکوک)، ابزارهای مالی جدیدی هستند که بر اساس عقود شرعی طراحی شده و در جمهوری اسلامی ایران و اکثر کشورهای اسلامی به جای اوراق قرضه - که بر پایه قرارداد قرض با بهره طراحی شده - مورد استفاده قرار می‌گیرند. این ابزارها بر پایه مالکیت در دارایی‌ها و یا مشارکت در طرح‌ها نقش تأمین منابع مالی را ایفا می‌کنند. اوراق مشارکت، مضاربه، اجاره و استصناع، از مصادیق این ابزارها به شمار می‌آیند.

نظر به این که در حقوق اسلامی، تلازم بین سود و زیان در سرمایه‌گذاری وجود دارد و در نتیجه بازگشت اصل سرمایه تضمین نمی‌شود، اوراق بهاداری نظیر اوراق مشارکت با ویژگی این تلازم، افراد ریسک‌گریز را از سرمایه‌گذاری دور می‌کند. لذا برای جلب سرمایه‌های افرادی که از ریسک‌پذیری کمتری برخوردارند سازوکارهایی اندیشیده می‌شود. در این نوشتار، شیوه‌های ۱- تضمین اصل سرمایه به صورت شرط ضمن عقد ۲- تضمین سرمایه از ناحیه شخص ثالث ۳- تضمین سرمایه به وسیله بیمه، از جمله سازوکارهایی هستند که علاوه بر این که شبهه را در آن‌ها منتفی است برای وصول به مقاصد شارع در فعالیت‌های اقتصادی، در قالب اوراق بهادار غیر ربوی تمهید می‌شوند.

کلید واژه‌ها: تضمین اصل سرمایه، اوراق مشارکت، اوراق مضاربه، شرط ضمن عقد، تعهد شخص

ثالث، بیمه

^۱ تاریخ وصول: (۱۳۹۴/۱۰/۲۴)

تاریخ پذیرش: (۱۳۹۵/۰۲/۱۱)

* دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

Email: n.yazdani1311@yahoo.com

** استاد، گروه حقوق، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران (نویسنده مسئول) naghibi@motahari.ac.ir

*** دانشیار، گروه علوم قرآن و حدیث، دانشگاه قم، قم، ایران. Mk-setayesh@qom.ac.ir

۱- مقدمه

در نظام های اقتصادی مبتنی بر بهره ، فروش اوراق قرضه یکی از مهم ترین ابزارهای تامین مالی است اما در نظام های اقتصادی مبتنی بر آموزه های اسلامی، با توجه به تحریم ربا و ممنوعیت بهره، اوراق قرضه به دلیل ماهیت ربوی آن قابل استفاده نیست. لذا اقتصاددانان و اندیشمندان مسلمان برای طراحی ابزارهای مالی جدید، مطالعات گسترده ای را انجام داده و در نهایت با استفاده از اصول اقتصادی اسلام توانستند ابزارهای مناسبی را جهت جایگزین اوراق قرضه - که مبتنی بر قرض همراه با بهره است - طراحی نمایند .

اوراق بهادار اسلامی (صکوک)، ابزارهای مالی جدیدی هستند که به عنوان جایگزینی برای اوراق متعارف ربوی به وجود آمده و امروزه در بسیاری از جوامع اسلامی اجرا می شوند. صاحبان این اوراق در مالکیت دارایی های حقیقی و در فعالیت های اقتصادی مشارکت دارند. از جمله این ابزار ها می توان اوراق مشارکت، مضاربه، اجاره و استصناع را نام برد که در هر کدام تضمین اصل سرمایه جریان دارد. این ابزارها برطبق عقود شرعی و نیز با رعایت ضوابط شرعی و متناسب با نیازهای جوامع اسلامی طراحی شده اند. با توجه به این که گسترش این اوراق در بانکداری اسلامی نقش مهمی دارد مهم ترین چالش این اوراق خطر پذیری بالای آن از سود و زیان واقعی اقتصاد است، لذا افرادی که از ریسک پذیری بالایی برخوردار نیستند سرمایه های خود را در فرآیند بورس اوراق بهادار قرار نمی دهند، بنابراین تنها راه برون رفت از این چالش، تضمین اصل سرمایه آنان می باشد.

از آن جا که در فعالیت های اقتصادی تحمل سود و زیان، توأم با یکدیگر در نظر گرفته شده است در مورد اوراق بهادار اسلامی نیز اصل این است که سرمایه اولیه برای صاحبان آن ها تضمین نشود زیرا سود حقیقی همیشه تابع احتمال ضرر است و سرمایه گذاران فقط مستحق سود حقیقی سرمایه خود هستند .

در عملیات تجاری با وجود این که تضمین اصل سرمایه، با شریعت اسلامی منافات دارد اما در اغلب اوراق بهادار اسلامی، تضمین اصل سرمایه با تعهد الزام آوری از سوی منتشر کنندگان اوراق یا مدیر عملیات مبنی بر خرید اوراق به قیمت اسمی و به مبلغی که دارندگان آن ها در ابتدا

خریداری نموده اند واقع می شود و ناشر اوراق در تضمین سرمایه، به قیمت حقیقی اوراق یا قیمت بازاری آن ها در روز خرید توجهی ندارد در نتیجه، اوراق بهادار به علت تضمین سرمایه در پایان عملیات، ویژگی اسناد ربایی را پیدا می کنند که از نظر شرع اشکال دارد. این نوع تضمین که برگرفته از تضمین مبلغ اسمی اوراق قرضه توسط ناشر می باشد برای جذب سرمایه گذاران به بازارهای مالی اسلامی صورت می گیرد

در مقاله حاضر، راهکارها و روش هایی برای تضمین اصل سرمایه صاحبان اوراق، مطرح می شود که برخی از این روش ها از جهت جریان ربا و ملازمه سود و زیان، مورد اختلاف فقیهان واقع شده است. در واقع، نوآوری این مقاله ارائه همه روش های تضمین سرمایه در اوراق بهادار مشارکتی نظیر اوراق مضاربه و مشارکت می باشد (در حالی که اکثر مقالاتی که در مورد اوراق بهادار اسلامی نوشته شده، در زمینه اعتبارسنجی فقهی صکوک - یعنی مشروعیت اصل اوراق بهادار در فقه اسلامی - است).

فرضیه تحقیق آن است که سازوکارهایی چون؛ تضمین سرمایه به صورت شرط ضمن عقد، تضمین سرمایه به صورت تعهد شخص ثالث و همچنین تضمین سرمایه به وسیله بیمه، مانع شرعی ندارد و با بررسی های فقهی معلوم می شود که شبهه ربا در آن ها منتفی است.

در این مقاله پس از بیان تعریف و ارکان اوراق بهادار، اقسام اوراق بهادار اسلامی معرفی می شوند سپس روش های تضمین اصل سرمایه در اوراق مشارکت و مضاربه مورد بررسی فقهی قرار می گیرد.

۲- مفاهیم و کلیات

جهت ورود به بحث، لازم است ابتدا با مفهوم اوراق بهادار و ارکان آن آشنا شده، سپس معنای اوراق بهادار اسلامی (صکوک) و اقسام آن تبیین و تشریح گردد.

۲-۱- مفهوم اوراق بهادار و ارکان آن

اوراق بهادار در اصطلاح اقتصاددانان به دو مفهوم کلی و خاص، این چنین تعریف شده است: «اوراق بهادار به مفهوم کلی، عبارت است از اسنادی که مالکیت فرد را بر شیء یا درآمدی نشان می دهد. و در مفهوم خاص، عبارت است از سهام یا اوراق قرضه ای که درآمدزا یا بهره زا می باشد و در بازار بورس یا بازارهای ثانویه (درجه دوم)، مورد معامله قرار می گیرد» (گلریز، ۱۳۶۸،

۴۹۲).

ارکان اصلی اوراق بهادار، طبق مصوبه سازمان بورس و اوراق بهادار به شرح زیر است :

- ۱- بانی: بانکی است که قصد تبدیل تسهیلات خود به اوراق بهادار را دارد .
- ۲- ناشر (واسطه): هر شخص حقوقی را گویند که از سوی بانی برای انجام دادن پروژه های خاص انتخاب می شود و اوراق را منتشر می کند.
- ۳- سرمایه گذاران (دارندگان اوراق): اشخاص حقیقی یا حقوقی هستند که با خرید اوراق بهادار، بانی را تأمین مالی می نمایند.
- ۴- امین: شخص حقوقی مورد تأیید بانک مرکزی و سازمان بورس اوراق بهادار است که به فرآیند انتشار اوراق نظارت دارد.
- ۵- شرکت تأمین سرمایه: شرکتی که به عنوان واسطه بین ناشر و سرمایه گذاران فعالیت می کند .
- ۶- مؤسسه رتبه بندی: شرکتی است که با اخذ مجوز از سازمان بورس، اقدام به تعیین رتبه اعتباری اوراق می نماید (سازمان بورس و اوراق بهادار، ۱۳۸۷، ۲).

۲-۲- معنای لغوی و اصطلاحی صکوک

اوراق بهادار اسلامی یا ابزارهای مالی اسلامی، ابزارهای جدیدی هستند که به عنوان جایگزین "اوراق بهادار مبتنی بر بهره" طراحی شده و با نام خاص «صکوک» به دنیای اقتصاد معرفی شده اند .

«صُکوک»، واژه ای عربی و جمع مکسر کلمه «صَک» است. کلمه «صَک»، معرب واژه «چک» به معنای «ورقه بهادار» می باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۱۰/ ۴۵۶).

سازمان حسابداری و حسابرسی نهادهای مالی اسلامی در استاندارد شریعت شماره ۱۷، صکوک را این گونه تعریف نموده است: «گواهی هایی با ارزش اسمی یکسان که بعد از عملیات پذیره نویسی، نشان دهنده پرداخت مبلغ اسمی مندرج در آن توسط خریدار به ناشر است و دارنده این اوراق طبق توافق به عمل آمده، مالک یک یا مجموعه ای از دارایی های مشهود، منافع حاصل از دارایی و خدمات خاص یا ذینفع یک پروژه یا یک فعالیت سرمایه گذاری خاص می شود» (هیئته المحاسبه و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ۱۴۳۱، ۲۳۸).

۲-۳- اقسام اوراق بهادار اسلامی (صکوک)

صکوک انواع مختلفی دارد که هر کدام بر پایه یکی از عقود شرعی منتشر می شوند. برخی محققان صکوک را با توجه به انتفاعی که دارنده آن کسب می کند به سه دسته (صکوک انتفاعی با سود ثابت، صکوک انتفاعی با سود متغیر و صکوک غیر انتفاعی) تقسیم می نمایند (موسویان، ۱۳۹۱، ۳۴۶).

در کنار این تقسیم بندی، برخی با توجه به نوع قراردادی که اوراق بر اساس آن منتشر می شود اوراق را در سه گروه عمده (اوراق مبتنی بر خرید و فروش دین، اوراق مبتنی بر خرید و فروش دارایی فیزیکی و اوراق مبتنی بر مشارکت در سود طرح اقتصادی) جای می دهند (تسخیری، ۱۳۸۶، ۱۲). این دو تقسیم بندی در کنار هم، شناخت بهتری از انواع صکوک ارائه خواهد کرد.

۲-۳-۱ ابزارهای مالی غیرانتفاعی

این دسته از اوراق بر پایه عقد قرض بدون بهره شکل می گیرد و اوراق قرض الحسنه نامیده می شود. برای این دسته از اوراق می توان انواع دیگری نیز براساس عقود تبرعی در اسلام مثل عقد وقف، طراحی نمود. هدف از سرمایه گذاری در این نوع از صکوک، شرکت در امور خیریه و عام المنفعه می باشد.

۲-۳-۲ ابزارهای مالی انتفاعی با نرخ های سود معین

این دسته از ابزارهای مالی، مبتنی بر خرید و فروش هستند و در نتیجه بر پایه عقود مبادله ای مانند مرابحه، اجاره، منفعت و استصناع شکل می گیرند. خرید و فروشی که مبنای انتشار این اوراق قرار می گیرد گاه به «دین واقعی» و گاه به «دارایی فیزیکی» تعلق دارد.

۲-۳-۳ ابزارهای مالی انتفاعی با نرخ های سود غیرمعین

این دسته از ابزارها از نرخ سود انتظاری برخوردارند و به عبارتی سود معینی به آنها تعلق نمی گیرد بلکه در طی انجام پروژه، سرمایه گذاران در سود و زیان حاصل از فعالیت ناشر اوراق، مشارکت خواهند داشت.

این اوراق براساس قراردادهای مشارکتی مانند مضاربه، مشارکت، مزارعه و مساقات شکل می گیرند. ماهیت حقوقی این اوراق آن است که صاحبان اوراق بهادار به صورت مشاع، به عنوان صاحب سرمایه در احداث پروژه یا انجام یک فعالیت اقتصادی مشارکت می کنند و به تبع آن در

سود حاصله، سهم می شوند و هرگاه پروژه با زیان مواجه گردد این زیان به تناسب، بین صاحبان سرمایه تقسیم خواهد شد.

۳- روش های تضمین سرمایه در اوراق مشارکت و مضاربه

اوراق بهادار مشارکت و مضاربه، آن دسته از ابزارهای مالی اسلامی هستند که بر اساس قراردادهای مشارکتی نظیر عقد شرکت و عقد مضاربه طراحی می شوند. در این قسم از ابزارها، ناشر اوراق، وجوه متقاضیان اوراق (سرمایه گذاران) را جمع آوری نموده به وکالت از طرف آنان، در فعالیت های اقتصادی به کار می گیرد، سپس در اصل فعالیت اقتصادی یا سود آن با توجه به نوع قرارداد، با صاحبان اوراق، مشارکت می کند. در حالت زیان پروژه، این زیان متوجه صاحبان سرمایه خواهد بود.

از دیدگاه اسلام در فعالیت های تجاری، اصل این است که سرمایه اولیه برای صاحبان آنان تضمین نشود چرا که سود حقیقی همیشه تابع احتمال ضرر است. فقیهان این اصل کلی را در قالب قاعده فقهی مورد شناسایی قرار داده اند. قاعده "مَنْ لَه الْغَنَمُ فَلِیْهِ الْغَرَمُ" (هر کس از چیزی سود می برد ضرر آن نیز متوجه خود او می باشد)، مهم ترین قاعده فقهی متضمن این اصل به شمار می آید که برگرفته از روایات منقول از معصومین (علیهم السلام) است (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۳۵۵/۱۲؛ نوری، ۱۴۰۸، ۳۰۲/۱۳). همچنین "الخِراج بالضمَان" (منافع مال در مقابل مسئولیت تحمل زیان، خسارت و غرامت مال است) (بیهقی، بی تا، ۳۲۱) و "الملازمه بین النماء و الذَّک" (بین منافع و غرامت، ملازمه وجود دارد) (انصاری، ۱۴۱۸، ۲۴۸/۵)، از جمله قواعدی هستند که از این اصل حکایت می نمایند. فقیهان مفاد این قواعد را مورد استناد قرار داده اند (انصاری، همان، ۱۲۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳۱۶/۲). به تصریح فقها این قواعد، عقلی هستند (انصاری، همان، ۲۸۴) زیرا از دیدگاه عقلاء صحیح نیست فردی از منافع اموال برخوردار گردد در حالی که دیگری متحمل زیان های وارد بر آن شود. با این وجود، سرمایه گذاران و خریداران اوراق که انتظار ندارند با ریسک زیان اصل سرمایه خود مواجه شوند سرمایه خود را بدون تضمین در اختیار دیگری قرار نمی دهند لذا در اغلب اوراق بهادار اسلامی برای جذب سرمایه گذاران به بازارهای مالی اسلامی، سرمایه اولیه آنان توسط ناشر و یا مدیر عملیات

تضمین می شود که با اشکال شرعی روبه رو است. در این قسمت ضمن بیان این اشکالات، راهکارها و روش هایی مطابق با شریعت اسلام جهت تضمین سرمایه مطرح می شود که عاری از شبهه ربا است. این روش ها در اوراق مشارکت و مضاربه مورد بررسی فقهی قرار می گیرد .

۳-۱- تضمین سرمایه به صورت شرط ضمن عقد

یکی از روش های تضمین اصل سرمایه در اوراق بهادار ، تضمین آن به صورت شرط در ضمن قرارداد توسط عامل و یا شریک می باشد. به این نحو که ناشر اوراق یا مدیر عملیات، در ضمن واگذاری اوراق، از همان ابتدا، جبران ضررهای احتمالی وارد بر اصل سرمایه را برای صاحبان اوراق، در ضمن قرارداد به صورت شرط فعل، متعهد می شود. این شیوه از تضمین در اوراق مشارکت و مضاربه، به صورت جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد .

۳-۱-۱- تضمین بصورت شرط ضمن عقد در اوراق مشارکت

اوراق مشارکت بر پایه عقد شرکت طراحی شده و در بازار سرمایه عرضه می گردد. در اصطلاح فقیهان، شرکت، عقدی است میان دو یا چند نفر که با مال مشترک بین آن ها، معامله و دادوستد انجام می گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۸۰، ۶۳۶/۱).

اوراق مشارکت، اسنادی با ارزش مالی برابر هستند که بیان گر مالکیت دارنده آن نسبت به بخشی از یک دارایی حقیقی است که به دولت، شرکت های تعاونی یا خصوصی تعلق دارد (پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۸۵، ۸).

دارندگان اوراق مشارکت به مقتضای عقد شرکت، نسبت به یکدیگر شریک محسوب شده و تا زمانی که در ضمن عقد امتیاز خاصی نشده باشد شرکاء به نسبت سهم خود در عواقب شرکت اعم از سود و زیان، شریک هستند. هم چنین با واگذاری اوراق از طرف ناشر، خریداران اوراق به نسبت سرمایه ای که آورده اند با مؤسسه مالی ناشر اوراق در طرح موضوع مشارکت (پروژه خاص)، شریک می شوند و به نحو مشاع، مالک آن خواهند بود، در نتیجه به نسبت سهم خود در مال مشاع، در سود حاصله و بالطبع در زیان نیز شرکت می کنند (مؤمن قمی، ۱۳۷۸، ۱۰).

با این که مقتضای عقد شرکت و لازمه وجود شراکت بین ناشر و صاحب ورقه، شرکت در سود و زیان است و تضمین اصل سرمایه با شریعت اسلام منافات دارد ولی امروزه می بینیم صادر کننده اوراق مشارکت یا مدیر پروژه - که در جایگاه شریک است - اصل سرمایه را برای دارندگان اوراق

به هنگام سررسید، تضمین می‌کند. وی در تضمین سرمایه، به قیمت حقیقی اوراق یا قیمت بازاری آن‌ها در روز خرید توجهی ندارد. به این معنا که دارنده اوراق در فرض افزایش ارزش پروژه، فقط حق مطالبه مبلغ اسمی اوراق در سررسید را خواهد داشت و در فرض کاهش ارزش پروژه از تحمل این خسارات، مصون خواهد بود.

بنابراین اگر ماهیت کار در اوراق مشارکت به این صورت باشد که سرمایه اصلی صاحبان اوراق تضمین شود و اگر پروژه با زیان مواجه گردد مدیر علمیات، 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، چنین تضمینی از دیدگاه محققان موجب بطلان شرکت می‌شود، زیرا عایدی تضمینی بدون در نظر گرفتن عملکرد واقعی سرمایه در واقع همان ربا است (انصاری، ۱۳۸۶، ۶۴).

در مورد این که مدیر پروژه که پروژه را به عنوان شریک اداره می‌کند می‌تواند سرمایه یا قیمت اسمی اوراق را در صورت تلف اصل طرح یا کاهش قیمت، تضمین کند یا خیر، باید گفت با توجه به دیدگاه فقیهان، شریک، امین سرمایه به حساب می‌آید و ضامن تلف مال الشریکه نمی‌باشد مگر این که در حفظ آن تعدی یا تفریط کرده باشد (بحرانی، ۱۴۳۰، ۱۵۹/۲۱؛ زحیلی، ۱۴۰۹، ۸۱۵/۴). از این رو با توجه به تحریم ربا در اسلام، راهکاری تحت عنوان «شرط تضمین سرمایه در ضمن عقد» مطرح می‌شود که کیفیت اعتبار این شرط و صحت یا بطلان آن در ضمن عقد شرکت، مورد اختلاف فقیهان است.

از دیدگاه فقهی، در عقد شرکت همان طوری که هر یک از شرکاء به نسبت سرمایه خود از سود بهره‌مند می‌شود ضرر نیز به حسب مال وی می‌باشد اما اگر در ضمن عقد، یکی از شرکاء بر دیگری شرط کند که سود شرکت، متعلق به همه، اما زیان به حساب برخی از شرکاء نباشد، شرط مزبور از دیدگاه برخی فقیهان باطل است زیرا با مقتضای عقد شرکت که تبعیت سود و زیان از اصل سرمایه است منافات دارد (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۴۰۰/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳۸۰/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳۰/۲).

البته نظر برخی فقیهان این است که تبعیت سود و زیان نسبت به اصل سرمایه مقتضای اطلاق عقد شرکت است نه مقتضای ذات آن^۱، بنابراین شرط تضمین سرمایه و تحمل خسارات که مخالف مقتضای اطلاق عقد است خللی به عقد شرکت وارد نمی سازد (شهید اول، ۱۴۱۷، ۲۲۴/۳-۲۲۳).

همچنین صاحب عروه، شرط ورود خسارت بیشتر بر یکی از شرکاء را به دلیل عموم «المؤمنون عند شروطهم» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۳۵۳/۱۲)، جایز دانسته و آن را مخالف مقتضای اطلاق عقد می داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸، ۱۷۰/۴).

اکثر فقیهانی که قائل به صحت شرط مزبور هستند مستند اصلی آنان علاوه بر روایت «المؤمنون عند شروطهم»، حدیث رفاعه است که از امام موسی کاظم (ع) در مورد شریک شدن فردی با دیگری در خصوص کنیز وارد شده است (شهید اول، همان؛ طباطبایی یزدی، همان، ۱۶۹؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲، ۱۹۸/۱۰). در این حدیث آمده است:

«محمد بن یعقوب عن رفاعه قال : سألت أبا الحسن موسى (ع) عن رجلٍ شارك في جاريةٍ له و قال : إن ربحنا فيها فلک نصف الربح وإن كان وضيعه فليس عليك شيء، فقال لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية»^۲ (حرّ عاملی، ۱۴۱۴، ۷/ ۱۹). در این حدیث، امام (ع) شراکت در

کنیز را به شرط آن که زیان حاصل از شراکت بر عهده یکی از شرکاء باشد جایز می دانند .

شهید صدر، بر اساس ظاهر روایت فوق، جعل ضمان به معنای تعهد در قبال ارزش سرمایه را جایز می داند یعنی اگر سرمایه کاهش قیمت پیدا کند ضامن باید آن را جبران کند و این ضمان به معنای اشتراط عدم زیان تجاری است (صدر، ۱۳۹۳، ۱۹۵).

شهید اول با استناد به حدیث رفاعه، تضمین خسارت را در مطلق شرکت جایز می داند لذا لزوم

۱ . حقوقدانان و بعضی از فقیهان، مقتضای عقد را بر دو قسم می دانند: یک قسم، اقتضائات ذاتی عقد هستند که عقد به نحو علت تامه مقتضی آن ها است و از عقد انفکاک ناپذیرند، مثل حق مالکیت منافع برای مستأجر در عقد اجاره. قسم دوم، اقتضائات اطلاقی عقد نام دارد که عقد علت تامه تحقق آن ها نیست بلکه به حسب اطلاق خود یعنی در صورت عدم تقیید به اموری مانند وصف، مکان یا زمان، مقتضی آن ها است، مثلاً اقتضای عقد بیع مطلق آن است که ثمن نقداً پرداخت گردد (امامی، ۱۳۸۰، ۲۷۸/۱؛ مراغی، ۱۴۱۷، ۲۴۸/۲).

۲ . «از امام موسی کاظم (ع) در مورد مردی سؤال کردم که در خصوص کنیزی با کسی شریک شد و به او گفت : اگر در آن سود کردیم نصف سود از آن تو باشد و اگر ضرر کردیم چیزی از ضرر بر تو نیست. امام (ع) در پاسخ فرمودند: اگر صاحب کنیز از ته دل راضی باشد اشکالی در آن نیست».

تبعیت نماء از اصل مال را برای مطلق عقد شرکت نمی پذیرد بلکه معتقد است در عقد شرکت مطلق، مشارکت در سود و زیان مطرح است (شهید اول، همان).

به نظر می رسد در مورد شرط مزبور می توان به حدیث رفاعه استناد نمود، چه آن که این روایت دلالت دارد بر این که تحمل خسارت بر عهده یکی از شرکاء جایز است و برخلاف مقتضای ذات عقد نیست. در حالی که مخالفان صحت شرط ضمان، چنین اشتراطی را مطلقاً منع نموده حتی در مورد روایت فوق، زیرا معتقدند شرط مزبور اگر در ضمن عقد شرکت واقع شود مخالف مقتضای عقد و مخالف اصول مذهب است در نتیجه باطل می باشد (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳۴۹/۲).

بر اساس نظریه صحت شرط و عقد، در عقد شرکت نهایتاً می توان چنین شرط کرد که یک یا چند تن از شرکاء، جبران زیان های احتمالی وارد بر سرمایه را بر عهده بگیرند که در این صورت عمل به شرط، لازم می شود هر چند در ضمن عقد جایز آمده باشد. بدین ترتیب اعضای شرکت برای اعتماد بیشتر می توانند سرمایه سایر شرکاء را تضمین کنند. این مفهوم از شرط ضمان، مورد نظر قائلین به صحت شرط است (طباطبایی یزدی، همان، ۱۷۰؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۵، ۲۵۱/۲).

نتیجه این که در اوراق مشارکت اگر مدیر پروژه از جمله شرکاء باشد می تواند خسارات را تضمین کند و آن را به عنوان شرط در ضمن عقد بیاورد (و به طریق اولی اگر وکیل باشد و همه سرمایه را شرکاء تأمین کنند)، به این صورت که در اوراق مشارکت، ناشر اوراق که بخشی از منابع مالی طرح را تأمین کرده به عنوان شریک می تواند تحمل خسارات وارد بر پروژه را در قالب شرط ضمن عقد به عهده بگیرد. به تعبیر فقیهان معاصر، شریک (مدیر عملیات)، می تواند جبران ضرر احتمالی وارد بر اصل سرمایه را به صورت شرط فعل، در ضمن قرارداد بگنجاند (موسوی خمینی، همان)، در این صورت شبهه ربا در این نوع معاملات منتفی می گردد.

اهل سنت ضمانت مدیر را صحیح نمی دانند چرا که ید شرکت را ید امانی دانسته لذا معتقدند شریک نمی تواند بدون تعدی و تفریط، ضامن باشد اما برای تضمین عدم تعدی یا تقصیر، می توان از او کفیل یا وثیقه گرفت (هیئه المحاسبه و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ۱۴۳۱، ۱۹۷).

۳-۱-۲- تضمین به صورت شرط ضمن عقد در اوراق مضاربه

اوراق مضاربه اوراق بهاداری است که بر اساس قرارداد مضاربه طراحی شده است. در اصطلاح فقها، مضاربه، عقدی است که به موجب آن، شخصی مالی را به دیگری می دهد تا با آن کار کند و در برابر کار خود، سهمی از سود آن را بردارد (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ۲۱۱/۴).

در اوراق مضاربه، دارندگان اوراق، نقش مالک و ناشر اوراق، نقش عامل را به عهده دارند. ناشر اوراق با واگذاری آن، وجوه متقاضیان اوراق را جمع آوری نموده، در فعالیت بازرگانی سودآور به کار می گیرد و در پایان هر دوره مالی، سود حاصله را بر اساس نسبت هایی که روی اوراق نوشته شده بین خود و صاحبان اوراق تقسیم می کند (موسویان، ۱۳۹۱، ۴۴۴).

در این قرارداد اگر فعالیت پروژه با زیان مواجه گردد همه زیان متوجه سرمایه گذاران (صاحبان اوراق) خواهد بود مگر این که زیان در نتیجه کوتاهی عامل به وجود آمده باشد. به همین دلیل است که گفته می شود عامل - هر چند مدیریت طرح را به عهده می گیرد- ضامن نیست، زیرا مضاربه، شرکت در سود است و عامل، امین سرمایه می باشد و جز به تعدی یا تقصیر، ضامن نیست (شهید ثانی، همان، ۲۱۹). ماده ۵۵۶ قانون مدنی نیز به پیروی از دیدگاه مشهور فقیهان مقرر می دارد: « مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نیست مگر در صورت تعدی یا تفریط ».

از نظر فقهی، چنانچه ضمان عامل در ضمن قرارداد مضاربه، شرط شده باشد حکم این شرط به دلیل وجود روایات عام و خاص در این زمینه، مورد اختلاف فقیهان واقع شده است.

مشهور فقیهان، شرط ضمان عامل را مخالف مقتضای عقد مضاربه می دانند با این استدلال که شرط ضمان با مقتضای امین بودن عامل، مخالف است زیرا عامل به منزله شریک مازونی است که ید او ید امانی بوده و در نتیجه طبق قاعده " ما علی الامین الا الیمین "، وی ضامن نمی باشد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳۳۶/۲؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۵۴/۸).

برخی فقیهان از جمله فقهای معاصر، عدم ضمان عامل را مقتضای اطلاق عقد دانسته و شرط ضمان بر عامل را صحیح می دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸، ۱۰۲/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۴۲/۲۶؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲، ۱۵۱).

بسیاری از فقیهان بر این باورند که شرط ضمان عامل در مضاربه باعث می شود تا ماهیت

قرارداد مضاربه به قرارداد قرض تغییر یابد و در نتیجه کل سود و زیان به عامل برسد و مالک، فقط اصل مال را دریافت کند. (طباطبایی، ۱۴۱۲، ۴۴۸/۵؛ بحرانی، ۱۴۳۰، ۲۱/۱۸۷؛ صدر، ۱۳۹۳، ۳۵).

مبنای اصلی نظر فقیهان در این مورد، روایتی است که دلالت می‌کند بر این که قراردادان ضمان بر عامل موجب حرمت دریافت سود توسط مالک می‌شود: «فقی خبر محمد بن قیس عن أبي جعفر (ع) أنَّ إِمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (ع) قَالَ: مَنْ إِتَّجَرَ مَالاً وَ اشْتَرَطَ نَصْفَ الرِّبْحِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ. وَ قَالَ مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ شَيْءٌ»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۴۰/۵).

برداشت فقیهان از ظاهر روایت فوق آن است که قراردادان مقداری از سود برای مالک، با وضع ضمان بر عامل در شریعت جمع نمی‌شود و شراکت مالک در سود در حکم ربا است. اکثر فقیهان معاصر، شرط ضمان نهی شده در روایت را ناظر به نوع «شرط نتیجه» دانسته و معتقدند اگر شرط ضمان به نحو «شرط فعل» باشد مانعی ندارد و صحیح است. (هاشمی شاهرودی، همان؛ موسوی خویی، ۱۳۷۷، ۳۳۳/۷).

امام خمینی در تحریر الوسیله می‌نویسد: «اگر مالک شرط کند که عامل با وی در خسارت شریک باشد همان گونه که در سود شریک هستند اقوی عدم صحت شرط است. اما اگر شرط کند که بر فرض وقوع خسارت بر مالک، عامل ملزم به جبران نصف آن بر فرض باشد اشکالی ندارد و عمل به آن لازم است چه این شرط در ضمن عقد لازمی واقع شده باشد یا در ضمن عقد جایز، مادامی که عقد باقی باشد» (موسوی خمینی، ۱۳۸۰، ۶۱۲/۱).

بنابراین، مالک برای مصون ماندن از زیان‌های احتمالی تجارت می‌تواند بر عامل شرط کند که وی خسارات به بار آمده را از اموال خود جبران کند و از آن جا که این شرط، التزامی مستقل از سوی عامل است پس صحیح می‌باشد. لذا محقق خویی معتقد است ضمانی که به مقتضای شرط فعل ثابت می‌شود صرفاً یک حکم تکلیفی است و مربوط به خود مشروط علیه است پس در ترکه وی وارد نمی‌شود و انجام آن بر عهده ورثه قرار نمی‌گیرد، در نتیجه صحیح می‌باشد

^۱ . «امیرالمؤمنین (ع) فرمود: کسی که با مالی تجارت کند و نصف سود تجاری را شرط کند حق ضمان ندارد. و فرمود: کسی که تاجری را ضامن قرار دهد فقط می‌تواند اصل سرمایه اش را دریافت کند و دیگر در سود سهمی ندارد».

(موسوی خویی، همان، ۳۳۳-۳۳۵).

البته قانون مدنی هر چند به پیروی از نظر مشهور فقیهان، شرط ضمان مضارب را به دلیل مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد، باطل و مبطل عقد می داند، اما در ذیل ماده ۵۵۸ مقرر می دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است مگر این که به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند». از دیدگاه برخی نویسندگان، مفاد این ماده آن است که شرط پرداخت خسارت به صورت شرط فعل - یعنی تعهد یک نفر نسبت به پرداخت مالی به دیگری - صحیح و مشروع است (محقق داماد، ۱۳۹۳، ۵۱۱).

با بررسی نظر فقیهان این نتیجه حاصل می شود که اگر در تحقق شرط ضمان به نحو شرط نتیجه اشکال وارد است می توان شرط ضمان را نوعی شرط فعل قلمداد نمود که در آن، عامل، جبران ضرر احتمالی وارد بر اصل سرمایه را در ضمن قرارداد مضاربه متعهد و ملتزم می شود. شرط فعل ضمانت باعث می شود که خسارات حاصل از مضاربه، ابتداءً و اصالتاً متوجه مالک گردد اما عامل ملتزم و موظف باشد این خسارت و زیان را که به مالک وارد شده جبران کند، حال آن که در شرط نتیجه قرار می گذارند خسارات احتمالی حاصل از مضاربه، از همان ابتدا به عامل برگردد.

۳-۲- تضمین سرمایه از ناحیه شخص ثالث

در اوراق بهادار مشارکتی، مؤسسه مالی خاص در جایگاه وکیل، وجوه صاحبان اوراق را جمع آوری نموده به وکالت از طرف آنان به انعقاد قرارداد مشارکتی اقدام می کند و در واقع نقش یک مدیر مالی را بین صاحبان وجوه و استفاده کنندگان نهایی (کسانیکه از راه اوراق، تأمین مالی می شوند) ایفا می کند. مؤسسه مالی خاص در جایگاه وکیل و شخص ثالث می تواند بصورت داوطلبانه، اصل سرمایه را برای سرمایه گذاران تضمین کند (تسخیری، ۱۳۸۶، ۱۹).

۳-۲-۱- تضمین شخص ثالث در اوراق مشارکت

دارندگان اوراق مشارکت به مقتضای عقد شرکت، اگرچه در سود و زیان طرح های اقتصادی شریکند اما هر شخص ثالثی می تواند حسن انجام مشارکت توسط یکی از شرکاء را تضمین کند. بدین صورت که مؤسسات مالی و بانک-های واسطه می توانند به صورت شخص ثالث، به

پشتوانه وثایق دریافتی از ناشر، بازپرداخت اصل وجه را در سررسید نهایی تضمین نمایند. در مواد ۳ و ۵ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت، چگونگی بازپرداخت اصل سرمایه و سود حاصله بیان شده است. در ذیل ماده ۳ قانون مزبور آمده است: «...تضمین بازپرداخت اصل و سود علی الحساب و سود تحقق یافته اوراق مشارکت دولتی، توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی از محل اعتبارات ردیف های خاصی که توسط سازمان برنامه و بودجه به همین منظور در قوانین بودجه سالانه کل کشور پیش بینی می شود به عمل خواهد آمد» (جلالی، ۱۳۹۳، ۳۰۲). از این ماده بدست می آید اوراقی که توسط سازمان های دولتی منتشر می گردد تضمین آنها به وسیله وزارت امور اقتصادی و دارایی صورت می گیرد.

نکته قابل توجه در ماده فوق آن است که این تضمین از آنجا که از طرف شخص ثالث (غیر از ناشر) یعنی وزارت امور دارایی انجام می شود، عقد مشارکت را باطل نمی کند.

از طرفی ماده ۵ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت مقرر می دارد: «شرکت های دولتی، شهرداری ها و مؤسسات و شرکت های غیر دولتی در صورت انتشار اوراق مشارکت مکلفند بازپرداخت اصل و سود متعلق را در سررسیدهای مقرر در اوراق مذکور، تعهد و تضمین نمایند. در صورت عدم ایفای تعهدات مزبور در سررسیدهای مقرر، بانک عامل مکلف است از محل تضمین مذکور رأساً اقدام نماید» (جلالی، ۱۳۹۳، ۳۰۳). بر اساس ظاهر این ماده اگر ناشر اوراق، دولت نباشد بلکه شرکت های دولتی، شهرداری ها و مؤسسات غیر دولتی باشند خودشان باید تضمین اصل سرمایه صاحبان اوراق را به عهده بگیرند، در حالی که به مقتضای عقد شرکت، تضمین ناشر (که یکی از شرکاء به حساب می آید) جایز نیست زیرا شرکاء به نسبت سهم خود در مال مشاع، همان طوری که در سود سهیم هستند در زیان نیز باید مشارکت کنند.

اما با دقت در ماده فوق و با توجه به ذیل این ماده، می توان گفت تضمین اصل و سود اوراق در قرارداد مشارکت به عهده ناشر نیست بلکه به عهده بانک عامل است که شخص ثالث محسوب می شود و این نوع تضمین، خللی به عقد شرکت وارد نمی سازد، همان طوری که ماده ۱۵ آئین نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت چگونگی تضمین توسط عامل را این گونه بیان می کند: «ناشر موظف است بازپرداخت اصل و سود متعلق را در سررسیدهای مقرر در اوراق تعهد کند و وثایق لازم را برای تضمین بازپرداخت اصل و سود متعلق به اوراق توسط عامل،

دراختیار عامل قرار دهد. در صورت عدم ایفای تعهدات در سررسیدهای مقرر، عامل موظف است از محل تضمین مذکور رأساً اقدام نماید...» (جلالی، ۱۳۹۳، ۳۱۰).

بنابراین، بانک به عنوان شخص ثالث ضمن قرارداد با ناشر مبنی بر تضمین سرمایه صاحبان اوراق، در واقع تعهد مستقلی را در پرداخت اصل و سود اوراق به عهده گرفته و به عبارتی در مقابل صاحبان اوراق، حسن انجام قرارداد مشارکت میان آنان و ناشر را تضمین می کند. در نهایت اشکالی ندارد که ناشر براساس توافق با بانک عامل، وثایقی را بابت تضمین قرارداد در اختیار عامل قرار دهد. در چنین وضعیتی عامل در صورت زیان دهی طرح می تواند به ناشر رجوع کند.

اهل سنت ضمانت شخص ثالث را به صورت یک تعهد مستقل از عقد مشارکت و بدون اخذ عوض، به شرط آن که دارای شخصیت و ذمه مستقل باشد جایز می دانند که این تعهد از دیدگاه آنان یک "قول تضمینی" است و حقی را برای ذینفع ایجاد نمی کند که قرارداد شرکت را با تأمین تضمین وابسته بداند (هیئۀ المحاسبه والمراجعة للمؤسسات الماليه الاسلاميه، همان).

دکتر حسین حامد حسان، رئیس هیأت فتوا و نظارت شرعی بانک دبی، در این رابطه می گوید: «شریک نمی تواند سهم شریک دیگر در سرمایه و یا سود را تضمین کند. این گونه شروط، مبطل عقد شرکت است اما مانع شرعی ندارد که شخص ثالث مستقلاً با هدف تشویق طرح، تبرعاً سرمایه و جبران خسارت طرح را تضمین کند» (حامد حسان، بی تا، ۶۱-۶۳).

۳-۲-۲- تضمین شخص ثالث در اوراق مضاربه

در قرارداد مضاربه سرمایه پذیر نقش عامل را به عهده دارد و از آنجاکه شرط ضمان بر عامل مضاربه با مشارکت مالک در سود منافات دارد شخص ثالثی غیر از عامل (مضارب) می تواند در جایگاه ضامن، اصل سرمایه را برای صاحبان اوراق، ضمانت کند تا سرمایه گذاران از خطرات و خسارات ناشی از تجارت در امان بمانند.

در مورد چگونگی ضمانت شخص ثالث در اوراق مضاربه گفته می شود؛ این ضامن (ثالث) فقط نسبت به سودهای قابل پرداخت به دارندگان اوراق، از عامل (بانی) ضمانت می کند. اما فرض ضمانت ضامن از اصل سرمایه زمانی برقرار است که مضمون عنه (بانی) نسبت به اصل سرمایه، ضامن شده و یا نسبت به مضمون له مدیون شود. از سوی دیگر، ضمانت ثالث از اصل سرمایه

که به تبع شرط ضمانت علیه بانی است، اگر این شرط ضمانت به تنهایی علیه خود بانی شده باشد، خلاف مقتضای عقد مضاربه است ولی با قراردادن وجه التزام در ضمن قرارداد، دین بانی نسبت به این وجه التزام، بُعد قانونی پیدا کرده و به دنبال آن، ضمانت ضامن (ثالث) از این دین، صحیح و منطبق بر قواعد فقهی و حقوقی است (مصباحی مقدم و دیگران، ۱۳۸۹، ۱۵۸). این بدان معناست که شخص ثالث جهت تضمین سرمایه‌گذاران می‌تواند با عامل شرط کند که وی وثایقی را بابت تضمین قرارداد در اختیار ثالث قرار دهد.

از این رو می‌توان گفت وقتی جبران خسارت از سوی عامل به صورت شرط فعل در ضمن عقد صحیح باشد به طریق اولی، ضمانت شخص ثالث از دین بانی (عامل)، با شرط مزبور صحیح خواهد بود.

در عملیات بانکی، شرط ضمان در عقد مضاربه، از جمله شروط قراردادهای بانکی است و بانک به عنوان فرد ثالث و واسطه در عقد، ضمانت سپرده را به عهده می‌گیرد. برخی بر این نظرند که در قرارداد مضاربه، بانک از طرف صاحب مال، وکیل است و آنچه شرط کند به مالک باز می‌گردد پس بانک به عنوان فرد ثالث مشکل را حل نخواهد کرد و همچنان عامل، ضامن مال مضاربه خواهد بود، در حالیکه عامل، امین است (الهام و دیگران، ۱۳۹۳، ۵۴).

در تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا و نیز در ماده ۴ این قانون، نحوه به کارگیری سپرده‌ها توسط بانک و ضمانت آنها بدین صورت بیان شده است: «سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت دار، که بانک در به کارگرفتن آنها وکیل می‌باشد در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک و مورد استفاده قرار می‌گیرد. بانک‌ها موظف به بازپرداخت اصل سپرده‌های قرض الحسنه می‌باشند و می‌توانند اصل سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت دار را تعهد یا بیمه کنند» (جلالی، ۱۳۹۳، ۲۵۴).

در حالت زیان پروژه، با توجه به ماده فوق، بانک، خودش ضمانت سپرده و پرداخت کامل به سپرده‌گذار را به عهده می‌گیرد زیرا بر اساس دیدگاه فقیهان معاصر، از آنجا که بانک در عقد مضاربه، عامل نیست، ضمانتش صحیح می‌باشد و بلکه بانک به سبب واسطه بودن بین عامل و صاحب سرمایه، طرف سوم قرارداد محسوب می‌شود که می‌تواند به صورت تبرعی، ضمانت اموال سپرده‌گذاران را به عهده بگیرد (صدر، ۱۳۹۳، ۴۱).

۳-۳- تضمین با بهره گیری از سازوکار بیمه

بیمه، نهادی مالی است که در تقویت بنیه اقتصادی جامعه نقش اساسی دارد و با ایجاد اطمینان و امنیت، زمینه گسترش فعالیت های تولیدی و خدماتی را فراهم می سازد .

بیمه در بازار پول و سرمایه برای تضمین اعتبار سرمایه گذاران ایجاد می شود. در قرارداد بیمه، بیمه گر با دریافت حق بیمه، تعهد می کند که اصل مال را در برابر خسارات وارده پرداخت نماید. در نتیجه با بیمه کردن اصل دارایی، تأمین خاطری در مقابل خطر کاهش ارزش سرمایه گذاری برای سرمایه گذار به وجود می آید و سرمایه گذار به خرید اوراق تشویق می شود .

در اوراق بهادار مشارکتی می توان اصل دارایی حاصل از عقد مشارکت و یا مضاربه را با پرداخت مبلغی در مقابل زیان های وارده و حوادث غیر مترقبه، بیمه نمود. به این صورت که نهاد های بیمه گزار می توانند به عنوان شخص ثالث در مقابل دریافت حق بیمه از بیمه گزار، متعهد به پرداخت مبلغ اسمی اوراق در سررسید باشند یا این که مؤسسه مالی با پرداخت هزینه، دارایی های مورد نظر را در برابر زیان های وارده، بیمه کند. هم چنین شریک در یک شرکت می تواند مشارکت خود در یک امر سرمایه گذاری را بیمه کند که در این صورت، ضرر احتمالی او در مشارکت را بیمه گر می پردازد. بدین ترتیب اگر پروژه با خسارت همراه شود، دارندگان اوراق به اصل سرمایه خود دست می یابند و اگر در نتیجه افزایش قیمت پروژه، سودی هم به دست آید این ارزش افزوده متعلق به دارندگان اوراق خواهد بود چون در ملک آنان حاصل شده است .

می توان گفت در اوراق بهادار مشارکتی، اگرچه تعهد حقوقی نسبت به خود قرارداد وجود ندارد اما از راه تدابیر امنیتی و مدیریت ریسک، می توان برای سرمایه گذاران اعتماد و اطمینان حقیقی بدست آورد. چنان که ماده ۴ قانون عملیات بانکی بدون ربا از رویکرد قانون در استفاده از ساز و کار بیمه حکایت دارد و در این ماده ذکر شده که بانک ها می توانند اصل سپرده های سرمایه گذاری مدت دار را تعهد یا بیمه کنند (جلالی، همان).

۳-۴- عقد مشارکت به شرط بیع

یکی از چالش های اوراق مشارکت، ریسک بالای آن در تحمل زیان های احتمالی است و همین امر باعث می شود تا دارندگان وجوه مازاد، که از ریسک پذیری بالا اجتناب می نمایند به خرید آن مبادرت نورزند. در برخی مقررات جمهوری اسلامی ایران، برای ترغیب دارندگان وجوه مازاد

- جهت خرید اوراق مشارکت - سازوکار "عقد مشارکت به شرط بیع" پیشنهاد شده که این شیوه معمول تضمین اصل و سود اوراق مشارکت توسط دولت، عاری از شبهه ربا و بدون اشکال شرعی می باشد.

برای مثال، در تبصره ۴۸ قانون بودجه سال ۱۳۷۷ آمده است: «به وزارت نیرو اجازه داده می شود برای تکمیل عملیات اجرای طرح های تأمین آب از سرمایه های مردم تا ۳۰۰ میلیارد ریال از راه مشارکت استفاده کند و دولت مکلف است پس از تکمیل هر طرح، آن را به مأخذ هزینه های تمام شده دوره ساخت با احتساب سود قطعی مربوط به اوراق مشارکت خریداری کند».

بدین ترتیب، دولت سرمایه انجام کاری را از مردم تأمین می کند و برای این کار قرارداد مشارکت با آنها منعقد می نماید تا کار انجام شده برای مردم باشد - مثلاً سرمایه ساخت نیروگاه برق را از مردم تأمین می کند - سپس با احتساب سود قطعی، آن سود را به همراه اصل سرمایه ای که پرداخت کرده اند به آنها بازمی گرداند. در حقیقت دولت تعهد می کند که پس از تکمیل هر طرح آن را به قیمتی بخرد که سود مشخصی را عاید مشارکت کنندگان در اجرای طرح کند (مؤمن، ۱۳۷۸، ۱۲-۱۳).

عقد مشارکت به شرط بیع، با وام بهره ای و قرض به شرط زیادت، تفاوت آشکار دارد. عقد مشارکت به شرط بیع در شریعت اسلامی صحیح و معتبر است، زیرا همان طوری که صاحب نظران بیان می کنند اصل این است که دولت می خواهد به عنوان مثال شبکه های آبیاری احداث کند و مردم در آن سرمایه گذاری کنند، سپس دولت هم آن را بخرد. اما اگر دولت پولی را به عنوان وام بگیرد و برای آن سودی اختصاص دهد این ربای قرضی است (مؤمن، ۱۳۷۸، ۱۵).

بنابراین، اگر صادرکننده اوراق مشارکت که ملزم به تضمین اصل سرمایه و سود مشخص برای آن نیست، اصل سرمایه و سود مشخص را بدون سازوکارهای مشروعی چون عقد مشارکت به شرط بیع تضمین کند، چنین تضمینی باعث بطلان مشارکت می گردد، چون از دیدگاه محققان، عایدی تضمینی صرفنظر از عملکرد واقعی سرمایه، همان ربا است (انصاری، ۱۳۸۶، ۶۴).

۴- جمع بندی و نتیجه گیری

با توجه به وجود مخاطره و ریسک در فعالیت های اقتصادی، سرمایه گذاران و خریداران اوراق بهادار، سرمایه خود را بدون تضمین در اختیار سرمایه پذیر قرار نمی دهند لذا جهت اطمینان

خاطر و نیز جذب آنان به بازارهای مالی اسلامی، ایده تضمین اصل سرمایه با روش هایی مطابق با شریعت اسلام مطرح شده که برخی از این روش ها از جهت جریان ربا و ملازمه سود و زیان، مورد اختلاف فقیهان واقع شده است.

از آن جا که بحث اصلی مقاله حاضر، روی اوراق مشارکت (به دلیل کاربرد فراوان آن) و اوراق مضاربه متمرکز شده، روش های تضمین سرمایه در این اوراق مورد واکاوی و بررسی فقهی قرار گرفته و نتایج ذیل حاصل شده است:

۱- در اوراق مشارکت، ناشر اوراق که بخشی از منابع مالی را تامین می کند می تواند به عنوان شریک، جبران خسارات وارده به اصل سرمایه را به صورت شرط فعل، در ضمن قرارداد بگنجاند. همچنین در اوراق مضاربه اگر مالک، عامل را به صورت شرط نتیجه ضامن سرمایه قرار دهد سهمی از سود حاصله نخواهد داشت، اما اگر عامل، جبران ضرر احتمالی وارد بر اصل سرمایه را به صورت شرط فعل در ضمن قرارداد، متعهد و ملتزم شود طبق نظر فقها اشکالی ندارد.

۲- روش دیگری که برای تضمین سرمایه مطرح شده تضمین از ناحیه شخص ثالث است که در اوراق مشارکت، دارندگان اوراق هر چند در سود و زیان طرح های اقتصادی مشارکت دارند اما هر شخص ثالثی می تواند حسن انجام مشارکت بین صاحبان اوراق و ناشر را تضمین کند. بدین صورت که مؤسسات مالی خاص یا بانک های واسطه می توانند به عنوان شخص ثالث، به پشتوانه وثائق دریافتی از ناشر، بازپرداخت اصل وجه را در سررسید نهایی تضمین نمایند. در اوراق مضاربه نیز ضمانت شخص ثالث از دین عامل (بانی) با قراردادن وجه التزام توسط عامل در ضمن قرارداد صحیح می باشد. همچنین بانک به عنوان شخص ثالث می تواند به صورت تبریعی ضمانت اموال سپرده گذاران را به عهده بگیرد.

۳- در هر یک از اوراق مشارکت و مضاربه می توان اصل دارایی حاصل از عقد مشارکت و یا مضاربه را با پرداخت مبلغی در مقابل زیان های وارده یا حوادث غیر مترقبه، بیمه نمود. همچنین ناشر صکوک یا دارندگان آن می توانند با تأسیس یک صندوق بیمه اسلامی با مشارکت هم اوراق خود را مدیریت ریسک کنند.

۴- سازوکار «عقد مشارکت به شرط بیع» یکی دیگر از روش ها جهت ترغیب سرمایه گذاران به خرید اوراق است. در این روش، دولت سرمایه انجام کاری را از مردم تأمین می کند و ضمن

قرارداد مشارکت با مردم، تعهد می‌کند که پس از تکمیل هر طرح، آن را به قیمتی بخرد که سود مشخصی را نیز عاید مشارکت‌کنندگان در اجرای طرح کند. این شیوه از تضمین اصل و سود اوراق مشارکت توسط دولت، عاری از شبهه ربا و بدون اشکال شرعی می‌باشد و با وام بهره‌ای و قرض به شرط زیادت تفاوت دارد.

فهرست منابع

۱. ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن‌منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴). لسان العرب (چاپ سوم). بیروت: دارالفکر.
۳. الهام، صادق؛ سعدی، حسین علی؛ اسدی، حمید (۱۳۹۳). بطلان شرط ضمان در قرارداد مضاربه بانکی در بانکداری اسلامی. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال دهم، ش ۳۷، ص ۳۷-۵۶.
۴. امامی، سید حسن (۱۳۸۰). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
۵. انصاری، جعفر (۱۳۸۶). مبانی نظام مالی با نگرش اسلامی (چاپ اول). قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی(ره).
۶. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۸). کتاب المکاسب (چاپ اول). قم: مجمع فکر الاسلامی.
۷. بجنوردی، میرزا حسن (۱۴۱۹). القواعد الفقهیه (چاپ اول). قم: نشر هادی.
۸. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۳۰). الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهرة. بیروت: دارالأضواء.
۹. بیهقی، احمد بن حنبل [بی تا]. السنن الکبری. انتشارات دارالفکر.
۱۰. پژوهشکده پولی و بانکی (۱۳۸۵). صوکوک (چاپ اول). تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
۱۱. تسخیری، محمد علی (۱۳۸۶). مبانی شرعی اوراق بهادار اسلامی (صوکوک). فصلنامه علمی - پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۷.
۱۲. حامد حسان، حسین [بی تا]. صوکوک الإستثمار الإسلامی. مجمع الفقه الإسلامی الدولی، دولة الإمارات العربیة المتحدة، الدورہ التاسعة العشره.
۱۳. حرّ عاملی، محمد حسن (۱۴۱۴). وسائل الشیعه (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل‌البیت.

۱۴. حلی، ابو القاسم نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلی) (۱۴۲۶). شرایع الإسلام (چاپ اول). قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۱۵. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳). قواعد الأحكام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. زحیلی، وهبه (۱۴۰۹). الفقه الإسلامي و أدلته (چاپ دوم). دمشق: دارالفکر
۱۷. سازمان بورس و اوراق بهادار (۱۳۸۷). قانون اوراق بهادار. تهران: سازمان بورس و اوراق بهادار.
۱۸. صدر، سید محمد باقر (۱۳۹۳). بانک بدون ربا در اسلام (ترجمه سید یحیی علوی). تهران: دانشگاه امام صادق(ع).
۱۹. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۲). ریاض المسائل فی بیان الأحكام بالدلائل. بیروت: دارالهادی.
۲۰. طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۲۸). العروه الوثقی. قم: منشورات میثم التمار.
۲۱. عاملی، زین الدین بن علی الجبعی (شهید ثانی) (۱۴۱۴). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه (چاپ اول). قم: انتشارات داوری.
۲۲. ——— (۱۴۱۳). مسالك الأفهام (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۳. عاملی، محمد بن جمال الدین مکی (شهید اول) (۱۴۱۷). الدروس الشرعیه. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۲۴. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی) (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
۲۵. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷). الکافی (چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۲۶. گلریز، حسن (۱۳۶۸). فرهنگ توصیفی لغات و اصطلاحات علوم اقتصادی (چاپ اول). تهران: مرکز آموزش بانکداری بانک مرکزی ج.ا.ا.
۲۷. محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۳). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی (چاپ سوم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۸. مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷). العناوین الفقهیة (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۲۹. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۱۲). مجمع الفائده و البرهان (چاپ اول). قم: موسسه نشر اسلامی.
۳۰. مصباحی مقدم، غلام رضا؛ رحیمی، علی اصغر؛ کاوند، مجتبی (۱۳۸۹). بررسی فقهی و حقوقی اوراق بهادار مضاربه. فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال دهم، شماره ۳۸. ص ۱۷۴-۱۴۷.
۳۱. موسویان، سید عباس (۱۳۹۱). ابزارهای مالی اسلامی (صکوک). تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۲. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۷۵). استفتائات جدید. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۳۳. ----- (۱۳۸۰) تحریر الوسیله (چاپ دوم). قم: انتشارات دارالعلم.
۳۴. موسوی خویی، سید ابو القاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه (چاپ اول). قم: مکتبه الداوری.
۳۵. مؤمن قمی، محمد (۱۳۷۸). جایگاه اوراق مشارکت در نظام اقتصادی اسلامی. مجله معرفت، ش ۲۸. ص ۱۷-۱۰.
۳۶. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام (چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۷. نوری، میرزا حسن (۱۴۰۸). مستدرک الوسائل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت.
۳۸. هاشمی، محمود (۱۴۳۲). بحوث فی الفقه (کتاب المضاربه). قم: مرکز اهل البيت الفقه الاسلامی.
۳۹. هیئۀ المحاسبه و المراجعۀ للمؤسسۀ المالیۀ الإسلامیۀ (۱۴۳۱). معاییر الشرعیۀ. بحرین: [بی نا].