

بررسی ماهیت فقهی و حقوقی اوراق مشارکت و سود آن

جواد محمدی^۱

چکیده

اوراق مشارکت از سال ۱۳۷۶ با تصویب قانون نحوه انتشار این اوراق مطرح شد تا جایگزین اوراق قرضه باشد و خلأ نقش اوراق قرضه را که ماهیت ربوی داشت، در نظام مالی کشور، پر نماید. این مقاله که با روش تحلیلی- توصیفی انجام شده است نشان می دهد اوراق مشارکت، اوراقی است که بر مبنای عقد شرکت بنا شده است و دارندگان آن به صورت مشاع در پروژه های موضوع اوراق شریک می باشند. تامین سرمایه به عنوان یکی از مباحث مهم فرایند تولید و از دغدغه های اصلی افراد و موسسات اقتصادی می باشد. در خصوص ماهیت و تضمین اصل سود پرداختی نظراتی از لحاظ فقهی و حقوق وجود دارد که به آن پرداخته ایم. به نظر می رسد برخی از قواعد عقد شرکت در مورد این اوراق اجرا نمی شود و این ابهاماتی را به وجود آورده است. مهم ترین شبهه سود تضمین شده و علی الحساب است. به نظر نگارنده اوراق مشارکت در قالب عقد شرکت قرار می گیرد و سود پرداختی آن مبنا و مشروعیت فقهی دارد.

کلیدواژه ها: اوراق مشارکت، عقد شرکت، سود علی الحساب، سود تضمین شده.

۱. دانش پژوه دکتری علوم اقتصادی، جامعه المصطفی (ص) العالمیه. Miqat1988@Gmail.com

مقدمه

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران و با توجه به ممنوعیت بهره و ربا در اسلام و تصویب قانون بانکداری بدون ربا، انتشار اوراق قرضه که ماهیت ربوی داشت متوقف گردید. با عنایت به این مسئله و نیاز مبرم دستگاه اجرای و بخش مالی به تامین مالی جهت اجرای پروژه های مالی و اقتصادی، می بایست ابزاری جایگزین، طراحی و اجرا گردد تا خلأ به وجود آمده پر شود، که علاوه بر تامین نیاز مالی بنگاه های اقتصادی مشکل ربوی بودن نیز نداشته باشد. لذا با توجه به این مسأله ابتدا مجوز انتشار اوراق بهادار اسلامی (صکوک) در قوانینی همچون لوایح بودجه سال های ۱۳۷۴، ۱۳۷۵ و برنامه دوم توسعه صادر شد، اما با پایدار شدن برخی ابهامات قانونی موجود و ضرورت تدوین برنامه ای جامع برای اوراق مشارکت، نهایتاً در سال ۱۳۷۶ انتشار اوراق مشارکت توسط مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید. از آنجایی که در سال های اخیر اوراق مشارکت سهم مهمی در مبادلات مالی و اقتصادی داشته و استقبال زیادی از آن شده است، لذا با توجه به این مسئله پرداختن به بررسی ماهیت فقهی و حقوقی سود این اوراق ضروری می نماید. از طرف دیگر با توجه شباهت های زیاد این اوراق با اوراق قرضه از جهات ماهیت، ارکان و آثار، تردیدهای شرعی در برخی از عناصر این اوراق مطرح شده است، که مهم ترین آنها سود تضمین شده است. بنابراین سود این اوراق باید از جنبه شرعی و ماهوی مورد بازبینی و مطالعه قرار بگیرد.

۱. پیشینه موضوع

بررسی ماهیت فقهی و حقوقی اوراق مشارکت و فرایند مالی برای افراد و موسسات اقتصادی، از مسائل مهم مورد بحث فقها و اقتصاددانان است. در این خصوص تا جایی که نویسنده این سطور بررسی کرده و با توجه به اینکه قوانین مربوط به اوراق مشارکت در سال های اخیر به تصویب رسیده است، تحقیقات فقهی و حقوقی انجام شده در این مورد، کم بوده و یا اینکه صرفاً به بررسی اقتصادی این اوراق پرداخته است؛ مانند ضرورت توسعه اوراق بهادار اسلامی، علی رضا سلیمی، مبانی شرعی اوراق بهادار اسلامی (صکوک)، محمدعلی تسخیری، تأملاتی در خصوص ساختار و ماهیت حقوقی اوراق مشارکت موسسات و شرکت های دولتی و خصوصی، ربیعا اسکینی؛ که مجموعاً در این آثار پژوهشی به انتشار اوراق بهادار اسلامی به نام «صکوک» به عنوان یکی از ابزارهای اقتصادی و برای تامین مالی دولت، سازمان های وابسته به دولت و بنگاه های اقتصادی منتشر می شوند، که به عنوان یکی از ابزارهای مهم اسلامی مورد توجه قرار گرفته و بر اساس عقد اسلامی طراحی شده اند. بنابراین اوراق مشارکت به عنوان یکی از بهترین ابزار جایگزین برای اوراق قرضه در بانکداری بدون ربا ارزیابی و نواقص و ایرادهای آن مطرح می شود و لزوم جایگزینی ابزار جدید اسلامی مورد تأکید قرار می گیرد. همچنین از دید حقوقی بحث شده است که آیا اوراق مشارکت همان اوراق قرضه است با تغییر عنوان آن یا ماهیت آن متفاوت است؟ رابطه میان ناشر اوراق مشارکت و صاحب ورقه چگونه است؟ آیا منطبق با عقد شرکت است یا مضاربه و یا ماهیت دیگری دارد؟

این اوراق هرچند از جهت عملیاتی شباهت های با اوراق بهادار ربوی دارند، اما از جهت ماهیت حقوقی و محتوا تفاوت های مهم و اساسی با هم دارند. اوراق بهادار ربوی بر اساس قرارداد قرض با بهره طراحی شده و

صاحبان اوراق در مالکیت دارایی‌ها و فعالیت‌های اقتصادی و بازدهی آنها سهم و مشارکتی ندارند و فقط در سررسیدهای مقرر بهره‌ی خود را می‌گیرند، در حالیکه در اوراق بهادار اسلامی اینگونه نیست، بلکه آنها دارای حقوق ویژه‌ای است. لذا مهم‌ترین امتیاز و نوآوری پژوهش پیش رو پرداختن به ماهیت اوراق مشارکت و سود آن از جهت فقهی و حقوقی است که با تفصیل به این مسئله پرداخته است.

۲. اوراق مشارکت

۱-۲. تعریف اوراق مشارکت

اوراق مشارکت، اوراق بهاداری است که به قیمت اسمی مشخص برای مدت معین منتشر می‌شود و به سرمایه‌گذارانی که قصد مشارکت در اجرای طرح‌های عمرانی و تولیدی را دارند، واگذار می‌شود. قانون نحوه‌ی انتشار این اوراق که در سال ۱۳۷۶ مصوب شد بیان می‌دارد اوراق مشارکت، اوراق بهاداری است که با معجز بانک مرکزی یا مجوز قانونی خاص، برای تأمین بخشی از منابع مالی مورد نیاز به منظور ایجاد، تکمیل و توسعه طرح‌های عمرانی - انتفاعی دولت مندرج در قوانین بودجه سالانه کشور یا برای تأمین منابع مالی به منظور ایجاد، تکمیل و توسعه طرح‌های سودآور تولیدی، ساختمانی و خدماتی شامل منابع مالی لازم برای تهیه مواد اولیه مورد نیاز واحد تولیدی، توسط دولت، شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و موسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و موسسات عام المنفعه و شرکت‌های وابسته به دستگاه‌های مذکور، شرکت‌های سهامی عام و خاص و شرکت‌های تعاونی تولید منتشر می‌شود و به سرمایه‌گذارانی که قصد مشارکت در اجرای طرح‌های یاد شده را دارند از طریق عرضه عمومی واگذار می‌گردد (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت، ۱۳۷۶). دارندگان این اوراق به نسبت قیمت اسمی و مدت زمان مشارکت، در سود حاصل از اجرای طرح مربوطه شریک خواهند بود. خرید و فروش این اوراق مستقیماً و یا از طریق بورس اوراق بهادار مجاز می‌باشد (ماده ۱ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت مصوب سال ۱۳۷۶).

این اوراق می‌تواند با نام، بی‌نام، دولتی، غیردولتی، قابل تبدیل به سهام و قابل تعویض با سهام قابل تقسیم اند. همچنین بر اساس ماده ۲ آیین نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت، دولت، شرکت‌های دولتی، شرکت‌های سهامی عام و خاص و شرکت‌های تعاونی می‌توانند اقدام به عرضه این اوراق نمایند. و هدف از انتشار این اوراق نیز مشارکت صاحبان سرمایه در طرح‌های اقتصادی، تأمین منابع مالی و تکمیل و توسعه پروژه‌های سودآور به وسیله منابع غیربانکی است (عاقلی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۵).

۲-۲. ارکان اوراق مشارکت

بر اساس مصوبه ۱۳۷۷ هیئت وزیران، ارکان اوراق مشارکت به شرح ذیل است:

۱. ناشر: دستگاه دولتی یا غیردولتی که اجازه انتشار این اوراق را دارد.

۲. عامل: بانکی از طرف ناشر نسبت به عرضه این اوراق برای فروش، پرداخت سود علی الحساب و قطعی، بازپرداخت اصل مبلغ اوراق مشارکت در سررسید یا بازخرید آن قبل از سررسید، کسر و پرداخت مالیات و انجام دیگر امور مرتبط، بر اساس قرارداد عاملیت مبادرت می‌ورزد.

۳. امین: شخص حقیقی یا حقوقی که از طرف بانک مرکزی انتخاب می شود، به منظور حفظ منافع دارندگان اوراق و حصول اطمینان از صحت عملیات ناشر در طرح، نسبت به مصرف وجوه و غیره رسیدگی می نماید.

۴. بانک مرکزی

۵. هیئت تشخیص: هیئتی مرکب از نمایندگان وزارت امور اقتصادی و دارایی، سازمان برنامه و بودجه و بانک مرکزی که انتفاعی بودن طرح را مورد تایید قرار می دهند.

۳. اوراق مشارکت و اوراق قرضه

اوراق قرضه که بر پایه عقد قرض همراه با شرط مازاد شکل می گیرد، اوراقی است که نشان دهنده مبلغ وام است و دارنده آن حق دریافت مبلغ اسمی همراه با شرط مازاد را دارد که ماهیت ربوی دارد. چنانکه در ماده ۶۴۸ ق.م بیان نموده است: «عقدی است که به موجب آن طرفین، مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار، جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذب رد مثل، قیمت یوم الرد را بدهد.» لذا با توجه به ماهیت ربوی بودن این مساله باعث گردید شورای نگهبان رأی به نسخ قوانین مربوط به آن بدهد.

۱-۳. شباهت ها

- عدم دخالت دارندگان این اوراق در تصمیمات ناشر. تنها بستانکار شرکت می باشد و قانون در مورد دخالت دارندگان اوراق در اداره شرکت ساکت است. اما از مجموع قوانین برداشت می شود که آنها در مدیریت نقشی ندارند.

- این اوراق همانند اوراق قرضه دارایی سررسید است و مشارکت دارنده اوراق در پروژه، موقت است (موسویان، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۱۶).

- پرداخت سود علی الحساب. مهم ترین شباهتی که از لحاظ ماهوی بین این دو نوع اوراق وجود دارد. در اوراق قرضه به نام «بهره» و در اوراق مشارکت به نام «سود» است و ناشر مکلف به پرداخت آن می باشد و این سود تضمین شده است.

پرداخت سود سالانه باعث شده است که برخی اوراق مشارکت را به سوی اوراق قرضه متمایل بدانند یا برخی نیز معتقدند این دو نوع اوراق در واقع دو روی یک سکه اند و این ورق نیز از دل عقد قرض بیرون آمده است (کاشانی، ۱۳۸۲، ص ۲۹).

۲-۳. تفاوت ها

با وجود شباهت ها میان این دو نوع اوراق، تفاوت های مهم نیز بین آنها وجود دارد که می تواند دیدگاه های یاد شده را مخدوش نماید.

- ۱- سازوکار انتشار و اهداف اقتصادی اوراق مشارکت، در این اوراق، وجوه دریافتی حتما باید در طرح های مشخص عمرانی و تولیدی یا خدمات به کار گرفته شود، ولی در اوراق قرضه این محدودیت وجود ندارد.
- ۲- ماهیت سود، فرض بر این است که در اوراق مشارکت سود حاصل از درآمد به کارگیری سرمایه در پروژه های مشخص تولیدی حاصل می گردد و ناشر بخشی از آن را علی الحساب به دارنده می دهد و مابه التفاوت را در پایان دوره محاسبه می کند.

۳- وجوه به دست آمده به ملکیت ناشر در نمی آید. در اوراق قرضه وجوه به دست آمده به ملکیت ناشر در می آید و او مجاز است آن را در فعالیت مورد نظر خویش به کار گیرد و در عوض ناشر متعهد به پرداخت اصل و بهره وام اوست. اما در اوراق مشارکت به ملکیت ناشر در نمی آید و بر اساس ماده ۳ آیین نامه اجرایی، ناشر، وکیل صاحب سرمایه است.

۴. ماهیت اوراق مشارکت و عقد شرکت

«شرکت» عقدی است که بر اساس آن هر کدام از طرفین متقاضی، مقدار سرمایه برای انجام کاری در شرکت، می گذارند و هر کدام به نسبت سهم الشرکه به طور مشاع در آن شریک اند (عدل، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۳۰۴). غالب صاحب نظران این حوزه معتقدند ماهیت اوراق مشارکت با عقد شرکت مطابقت دارد (موسویان، ۱۳۸۶، ص ۴۰۹). در مقابل برخی حقوق دانان دیدگاه دیگری نسبت به این اوراق دارند. برخی از آنها اوراق مشارکت را به مضاربه شبیه دانسته اند (پاسبان، ۱۳۸۶، ص ۲۹۵). برخی نیز آن را عقدی نوظهور و از مصادیق ماده ۱۰ ق.م.شمرده اند (شیروی، ۱۳۸۱، ص ۹۳).

۱.۴. ماهیت اوراق مشارکت از دیدگاه فقها

فقها استدلال نموده اند با خرید اوراق مشارکت، میان ناشر و خریدار در پروژه مربوطه، رابطه شراکت برقرار می گردد و این رابطه تا پایان طرح مذکور برقرار است. به عبارت دیگر ماهیت حقوقی کار در این اوراق آن است که صاحبان اوراق به طور مشاع در جایگاه صاحبان سرمایه در انجام یک فعالیت اقتصادی مشارکت می کنند و به تبع آن در سود حاصله سهیم می شوند و چنانچه پروژه با زیان روبرو شود، به تناسب میان صاحبان سرمایه تقسیم شود (تسخیری، ۱۳۸۶، ص ۱۴).

از طرف دیگر ناشر براساس محاسبات خویش به سودآوری طرح، اطمینان دارد، بخشی از سود پروژه را با عنوان سود علی الحساب در مواعد معینی به دارنده می پردازد و باقی سود را پس از اتمام پروژه و محاسبه سود قطعی پرداخت می کند.

در این عقد شروطی نیز گنجانده شده است؛ از جمله خریداران به عنوان شرکای پروژه، حق هیچگونه دخالت و اظهار نظر درباره طرح مزبور را ندارند و فقط مستحق دریافت سودند. با پایان یافتن پروژه، ناشر کل پروژه را به قیمت بازار یا قیمت توافقی تقویم کرده، سهم دارندگان اوراق را از آنان خریداری می کند و مابه التفاوت سود علی الحساب و قطعی را به آنها می پردازد.

۲.۴. ماهیت اوراق مشارکت از دیدگاه حقوق دانان

حقوق دانان معتقدند عنصر اصلی و رکن اساسی عقد شرکت در اوراق مشارکت وجود ندارد؛ یعنی شراکت طرفین به صورت مشاع در موضوع عقد؛ بدین معنی که طرفین در جزء جزء موضوع شرکت به طور مشاع با هم شریکند. اما در اوراق مشارکت به نسبت قیمت اسمی و مدت زمان مشخص سهیم خواهند بود. دارندگان تنها در سود شریکند و نسبت به موضوع طرح اشاعه ای وجود ندارد (شیروی، ۱۳۸۱، ص ۸۱). در واقع ناشر برای اجرای طرح خویش به مبلغ هنگفتی نیاز دارد، ولی نمی خواهد سرمایه گذار را در طرح شریک نماید، لذا این شرط پنهان نهفته است که فقط در سود شریک است و کل پروژه متعلق به ناشر است. مثلاً اگر شرکتی به منظور

ساخت مجتمعی مسکونی، اداری به انتشار اوراق مشارکت نماید و از محل درآمد حاصل از فروش اوراق به خرید زمین، سیمان و آهن آلات اقدام کند. صاحبان اوراق در این املاک شریک نیستند و از انجام فقط حق مطالبه سود خویش را دارند و هیچ حقی در موضوع انجام شده ندارند.

وجهی که برای این استدلال می توان بیان کرد این است که شراکت جاری است، اما اشاره قانونگذار به سود بیانگر انگیزه اصلی صاحبان ثروت در خرید این اوراق می باشد. همچنین طبق قاعده تبعیت نماء از اصل، سود به مالک آن تعلق دارد.

همچنین ممکن این اشکال پیش بیاید که پرداخت سود علی الحساب شرعی نیست و در قواعد «فقه الشریکه» چنین چیزی وجود ندارد. همچنین نمی توان گفت اگر سودی حاصل نشد، یا اصل سرمایه دچار زیان شد به برخی از شرکا علاوه بر اصل سرمایه، سودی نیز پرداخت شود. لذا اگر «تضمین» به معنای تعهد شخص ناشر در مقابل صاحب ورقه مشارکت باشد، این یک قرارداد قرض هست که در قالب قرارداد صوری شرکت است. باید گفت مقصود از تضمین، تضمین مبلغ و نرخ های معین نیست، بلکه مقصود تضمین اصل عملیات و بازپرداخت سرمایه، سود علی الحساب و تحقق یافته است. ولی اگر اصل سرمایه و سود تضمین شود مصداق رباست.

با این حال پذیرش این نظر از لحاظ عملی دشوار است، زیرا بیشتر اوراق مشارکت قبل از سررسید قابل بازخریدند و دارنده ی آن می تواند به بانک عامل مراجعه نماید و اصل مبلغ و سود آن را با محاسبه نرخ تنزیل دریافت کند. حال اگر پس از پایان یافتن طرح اقتصادی، مشخص شود طرح اصلا سود آور نبوده و با شکست مواجه شده، بازپس گرفتن سود، غیر ممکن است و تحمیل زیان وارده به آخرین دارنده نیز عادلانه نیست. که در این صورت می توان از راه حل مکانیزم تضمین شخص ثالث استفاده کرد. بنابراین با توجه موارد فوق این اوراق قابل تطبیق با مفهوم شرکت به مفهوم و برداشت سنتی آن نیست و لذا با استناد به اصل آزادی قراردادهای، خرید این اوراق را عقد نوینی قلمداد کرده اند که متناسب با نیازهای عصر جدید به وجود آمده است.

۳-۴. دیدگاه مختار

هر کدام از دیدگاه های فقها و حقوق دانان دارای محسناتی بوده و خالی از قوت نیست، اما به نظر می رسد دیدگاه فقها در باره ماهیت اوراق مشارکت با توجه به دلایل ذیل به واقع نزدیک تر است:

۱. از میان عقود مشارکتی، عقد شرکت بیشترین مشابهت را با اوراق مشارکت دارد، زیرا عقد شرکت، عقد تملیکی، معوض و مستمر است که نوعی نیابت در تصرف بوده و اداره کردن اموال مشترک از راه عقد وکالت صورت می پذیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۱). لذا شروط مذکور در اوراق مشارکت نیز وجود دارد و به دنبال فروش اوراق، رابطه وکالت میان ناشر و خریدار به منظور مصرف وجوه حاصل از فروش اوراق ایجاد می شود.

۲. بنابر فتوای مشهور فقها و با توجه به قواعد فقه الشریکه، تضمین ضرر به وسیله یکی از شرکا به صورت شرط فعل اشکال ندارد (موسویان، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۹۴)؛ یعنی در صورت ضرر، عامل آن را از اموال خویش جبران می کند؛ مانند شرکت بیمه نقش ایفا می کند.

۳. همچنین مدیریت شرکت به صورت انحصاری نیز به وسیله یکی از شرکا بدون اشکال است و حق تقاضای تقسیم، در صورتی که به زیان سایر شرکا باشد، ساقط می شود (امامی، ۱۳۷۷، ص ۲۱۸).

با توجه به تعریف و مطالعه و بررسی ارکان اوراق مشارکت، تفاوت مهمی میان ارکان اوراق مشارکت و عقد شرکت وجود ندارد. از طرف دیگر با توجه به بررسی و طرح این نوع اوراق که بعد از کنار گذاشتن اوراق قرضه از سوی فقهای شورای نگهبان مطرح و مورد تایید قرار گرفت، لذا با توجه به مطالعات انجام شده توسط ارائه کنندگان، نظرات آنها در باره ماهیت این اوراق نیز مهم می باشد. همچنین با توجه به مفاد بند (ه) ماده یک آیین نامه اجرایی جزء ب بند ۳ ماده واحده قانون بودجه کل کشور در سال ۱۳۸۹، بیان می دارد که اوراق مشارکت ارزی بر اساس عقد شرکت منتشر می شود. لذا بدیهی است که صدور این اوراق بر مبنای عقد شرکت پی ریزی شده است.

۵. بررسی ماهیت سود اوراق مشارکت

یکی از مباحث اصلی و چالش برانگیز، ماهیت و چگونگی سود اوراق مشارکت است، سود علی الحساب و تضمین شده‌ای که آن را با تردید و تشکیک همراه کرده است. این سود را ناشر، پیش از اتمام و پایان کار پروژه به دارنده ورقه می پردازد و شرط ضمن عقد با محتوای پرداخت مابه التفاوت سود علی الحساب و سود حاصله از فعالیت اقتصادی پس از پایان عملیات اقتصادی و محاسبه سود و زیان حقیقی به دارنده ورقه یا صاحب سرمایه پرداخت می گردد؛ یعنی اگر سود تحقق یافته بیشتر از سود پرداخت شده بوده، ناشر یا بانک باید مقدار اضافی را به صاحب ورقه پردازد و اگر کمتر از سود تحقق یافته باشد، در اینصورت نیز صاحب ورقه باید مقدار زیاده را مسترد نماید.

مشکل اصلی اینجاست که این سود، توسط ناشر یا بانک تضمین شده و در صورتی که پروژه اقتصادی با سود کم یا ضرر مواجه شود در این صورت چه باید کرد و آیا می توان سودهای پرداخت شده را برگرداند؟ به خصوص اینکه این اوراق قابلیت خرید و فروش در بازارهای ثانویه را دارند، لذا دریافت سود اضافی از حیث عملی ناممکن است. یکی دیگر از اشکالها این است که فعالیت های مالی و اقتصادی همواره با ریسک ضرر و زیان عجین است، همچنین اگر عدم قطعیت از سود گرفته شود، بهره و سود به یک چیز تبدیل خواهد شد. لذا ترکیب سود علی الحساب تضمین شده، یک ترکیب ناهمگون است، زیرا اگر علی الحساب است، تضمین شده نمی تواند باشد، اگر تضمین شده است، قید علی الحساب بیهوده است. به نظر این عده در فعالیت های اقتصادی تضمین وجود ندارد، زیرا فعالیت های اقتصادی همواره دارای مخاطره و احتمال ضرر و زیان است و یا حصول سود کمتر از میزان پیش بینی شده، جزء لاینفک آن است. لذا برای تبدیل سود علی الحساب به بهره، تنها کافی است صاحب ورقه یا سپرده گذار را از قطعی بودن مبلغی که به عنوان سود علی الحساب دریافت داشته است، مطمئن کرد؛ زیرا تفاوت «بهره» و «سود» تنها در وجود یا عدم «اطمینان» است. اگر سپرده گذار مطمئن شود که در هر شرایطی سود علی الحساب به وی پرداخت می شود، حتی در صورت عدم حصول سود توسط فعالیت اقتصادی، در آن صورت، سود پرداختی (علی الحساب) همان بهره است (حسین زاده بحرینی، ۱۳۷۶، ص ۱۵۵).

در پاسخ به اشکال مزبور گفته شده است که هر چند تا حدودی این موارد می تواند صحیح باشد، اما امروزه با توجه به ابزارها و شناخت های که وجود دارد، پیش بینی های اقتصادی تا حدود زیادی درست و دقیق است و

مردم با توجه به این پیش بینی ها و اعتماد به آن اقدام به سرمایه گذاری و سپرده گذاری می کنند، هرچند ممکن است موارد نادری پیدا شود که پروژه اقتصادی به سود پیش بینی شده نرسد، اما به این موارد نادر نمی توان استدلال کرد و آنها را معیار سنجش قرار داد. همچنین تا زمانی که بانک مرکزی پس از بررسی طرح اگر از سودآوری آن اطمینان حاصل نکند مجوز انتشار آن را نیز نمی دهد. نسبت به امور غیر مترقبه نیز مانند سیل، زلزله، آتش سوزی و... با توجه به وجود شرکت های بیمه تا حدودی زیادی اصل سرمایه محفوظ و استرداد آن تضمین شده است (موسویان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۱۵۰).

این پاسخ هرچند تا حدودی قانع کننده است، اما این استدلال که اگر سپرده گذار از پرداخت سود علی الحساب مطمئن شود، سود پرداختی «ربا» خواهد بود، فاقد مبنای فقهی و حقوقی است. علاوه بر این حتی در مورد مضاربه برخی فقها قائل شده اند، اگر شخص ثالثی (مثلا شخصیت حقوقی بانک) بین عامل و صاحب سرمایه، می تواند تبرعا سرمایه را تضمین کند و ضمانت اموال سپرده گذاران را به عهده بگیرد و ضمانت وی صحیح است (صدر، ۱۳۸۸، ص ۴۱).

با توجه به این مسأله و با وحدت ملاک از این حکم مضاربه می توان گفت بانک مجاز است به عنوان شخص ثالث اصل و سود سپرده گذار را تضمین نماید و در حقیقت این عمل بانک تعهد مستقلى در پرداخت اصل و سود سرمایه است (اسکینی، ۱۳۸۸، ص ۱۶).

برخی نیز گفته اند منظور تضمین اصل عملیات است نه تضمین سود (هادوی تهرانی، ۱۳۷۸، ص ۱۵۰)، که اگر از این فعالیت اقتصادی سودی حاصل شد، ناشر سهم سپرده گذار را پردازد و اگر خودداری کرد، بانک عامل پرداخت را به عهده می گیرد. به همین جهت برخی چگونگی محاسبه سود اوراق مشارکت را مبهم دانسته و بیان می دارند که در اغلب موارد پس از فروش این اوراق هیچگونه اطلاعاتی در مورد پیشرفت کار و گزارش رسمی از میزان سود واقعی آن ارائه نمی شود که این مسئله خود محل تأمل و ابهام است (موسویان، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۳۱). با این حال پذیرش این نکته نیز خالی از اشکال نیست که منظور تضمین اصل عملیات است، در صورتی که ماده ۱۵ آیین نامه اجرایی جری ب بند ۳ ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۸۹ بیان می دارد: چنانچه فعالیت اقتصادی کمتر از سود علی الحساب پیش بینی شده عملکرد داشت، ناشر موظف است تفاوت حاصل شده را به دارندگان اوراق مشارکت ارزی هبه نماید.

با توجه به ایرادها و اشکالاتی که به سود پرداختی این اوراق وجود دارد، اما می توان دو پیشنهاد و راه حل ارائه نمود. اول اینکه ناشر متعهد شود در پایان مدت مشارکت، پروژه را قیمت گذاری کرده و به قیمت بالاتری از هزینه های انجام شده، از صاحبان اوراق خریداری نماید. که در حقیقت مابه التفاوت همان سود علی الحساب خواهد بود که تضمین نیز شکل گرفته بدون اینکه ربایی تحقق یافته باشد (نظرپور و صادقی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۲). یا اینکه بانک متعهد شود در پایان دوره مشارکت، سهم الشرکه سرمایه گذاران را به قیمتی خریداری کند، که سود علی الحساب را نیز در بر داشته باشد. چنین تضمینی با مقتضای عقد شرکت و مبنای فقهی نیز تعارضی نخواهد داشت.

نتیجه گیری

اوراق مشارکت جایگزین اوراق قرضه می باشد که بر اساس قانون بانکداری اسلامی منتشر شده است. این اوراق ابزاری است برای جذب پس اندازها و تجهیز منابع مالی و جلب مشارکت مردم در تامین مالی طرح های عمرانی و سودآور تولیدی یا خدماتی. درباره ی ماهیت اوراق مشارکت، برخی آن را نسخه تغییر یافته اوراق قرضه می داند و برخی آن را عقدی نوظهور قلمداد کرده اند. اما بیشتر صاحب نظران ماهیت فقهی - حقوقی آن را بر پایه عقد مشارکت مدنی دانسته اند و شرکت زیربنای این اوراق است. به صاحبان اوراق مشارکت سود علی الحساب پرداخت می شود که اصل سرمایه و سود آن توسط بانک عامل تضمین می گردد. این سود در واقع حاصل از شرکت در طرح مشخص اقتصادی بوده، که غیر قطعی است. لذا اگر در پایان طرح اقتصادی مشخص شود، سودی پرداخت شده کمتر از سود قطعی است یا اینکه طرح کلاً زیان آور بوده است، دارنده باید مابه التفاوت را برگرداند. اما به دلیل تضمین شدن سود، این مسأله از لحاظ عملی امکان پذیر نیست. به همین دلیل برخی در مشروعیت این سود تردید کرده اند و آن را نوعی ربا دانسته اند.

فهرست منابع

۱. اسکینی، ربیعا، تأملاتی در خصوص ساختار و ماهیت حقوقی اوراق مشارکت موسسات و شرکت های دولتی و خصوصی، فصلنامه مدرس علوم انسانی - پژوهش های حقوق تطبیقی، ش ۴، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ۱۳۸۸.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۷.
۳. حسین زاده بحرینی، محمد حسین، بررسی فقهی و اقتصادی سود تضمین شده، فصلنامه اندیشه حوزه، ش ۸، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۷۶.
۴. پاسبان، محمد رضا، حقوق شرکت های تجاری، تهران، سمت، ۱۳۸۶.
۵. تسخیری، محمد علی، مبانی شرعی اوراق بهادار اسلامی؛ فصلنامه اقتصاد اسلامی، ش ۲۷، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶.
۶. سرآبادانی، غلامرضا، نگرش اسلام به فعالیت بازار بورس و اوراق بهادار، (پایان نامه کارشناسی ارشد) قم، دانشگاه مفید، ۱۳۷۹.
۷. شیروی، عبدالحسین، اوراق مشارکت؛ برداشتی نواز مفهوم سنتی مشارکت، تبریز، دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه تبریز، ۱۳۸۱.
۸. صدر، سید محمد باقر، بانک بدون ربا در اسلام؛ ترجمه سید یحیی علوی، تهران، دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۸۸.
۹. عاقلی، کهنه شهری، انتشار اوراق مشارکت در ایران؛ موانع و راهکارهای اجرایی، تهران، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۴.
۱۰. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، ج ۱، قم، دارالعلم، ۱۳۷۵.
۱۱. قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت، مصوب سال ۱۳۷۶.
۱۲. کاشانی، سید محمود، نگاهی گذرا به لایحه قانونی بودجه، تهران، کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۸۲.
۱۳. موسویان، سیدعباس، ابزارهای مالی، ج ۱، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶.
۱۴. نظریور، محمدنقی؛ صادقی فدکی، سید عبدالله، بررسی ماهیت فقهی و حقوقی سود علی الحساب اوراق مشارکت، حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۵، ۱۳۸۹.
۱۵. هادوی تهرانی، مهدی، مبانی فقهی اوراق مشارکت، مجموعه مقالات دهمین همایش بانکداری اسلامی، تهران، موسسه عالی بانکداری ایران، ۱۳۷۸.