

سازمان اسناد و کتابخانه ملی
جمهوری اسلامی ایران



دانشگاه قم
دانشکده آموزش‌های الکترونیکی (مجازی)
پایان‌نامه جهت اخذ درجه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

عنوان:

بررسی حقوقی بانکداری مشارکتی، (مشارکت در سود و زیان PLS) و حذف ربا

استاد راهنما:

دکتر محمد باقر یار ساپور

نگارنده:

محسن نژادحاجی

بهمن ماه 1392

تقدیر و تشکر:

حمد و سپاس خدای را که توفیق کسب دانش و معرفت را به ما عطا فرمود. در اینجا بر خود لازم می‌دانم که از کلیه اساتید بزرگوار، به ویژه اساتید دوره کارشناسی ارشد که در طول سالیان گذشته مرا در تحصیل و کسب علم یاری نموده‌اند تقدیر و تشکر نمایم.

از استاد گرامی و بزرگوار جناب آقای دکتر پارسا پور که راهنمایی اینجانب را در انجام تحقیق، پژوهش و نگارش این پایان‌نامه تقبل نموده‌اند نهایت تشکر و سپاسگذاری را دارم.

من الله توفیق

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
1	مقدمه
2	1- بیان مساله
2	2- سوالات اصلی تحقیق
3	3- فرضیه ها
3	4- سابقه و پیشینه تحقیق
4	5- ضرورت انجام تحقیق
4	6- روش تحقیق
5	7- هدف ها و کاربردهای مورد انتظار از انجام تحقیق
5	8- سامانه تحقیق

فصل اول :

کلیات

7	1-1- ربا و مبنای فقهی حرمت آن
7	1-1-1- ربا در قران
9	1-1-2- ربا در سنت
9	1-1-3- انواع ربا
11	1-1-4- حیل های ربا
14	1-2- مبنای اقتصادی بطلان ربا
19	1-3- ماهیت عملیات بانکی متداول
19	1-3-1- سپرده گذاری
21	1-3-2- اعطای تسهیلات
25	1-3-3- خرید و فروش اوراق و اسناد بهادار
26	1-3-4- خرید و فروش طلا و نقره و سایر فلزات گرانبها
26	1-3-5- دریافت و پرداخت حوالجات
26	1-3-6- عملیات اعتباری بانکی

فصل دوم :

بانکداری مشارکتی و نهاد ها و ابزار های کمکی

29بانکداری مشارکتی
301-1-2- سپرده سرمایه گذاری در الگوی بانکداری مشارکتی
312-1-2- نقد و بررسی بانکداری مشارکت در سود و زیان
321-2-1- نظارت و اطلاعات نامتقارن
342-2-1-2- تغییر شرایط اقتصادی و ریسک بازار
343-2-1-2- تامین منابع لازم برای قراردادهای مشارکت
353-1-2- تحلیل حقوقی الگوی جدید مبتنی بر مشارکت
442-2- واحد امین
441-2-2- تعریف واحد امین
452-2-2- وظایف واحد امین
453-2-2- شرایط امین از نظر فقهی و قانونی
474-2-2- وظایف امین
495-2-2- ضمانت اجرای تخلف امین از وظایف محوله
491-5-2-2- انواع ضمانت اجرا تخلفات امین
502-5-2-2- شرط مسولیت امین
516-2-2- تضاد منافع بین امین و بانک
533-2- گواهی های pls
541-3-2- انواع گواهی های بانکداری مشارکت در سود و زیان pls
541-1-3-2- گواهی های مبتنی بر دریافت سود
622-1-3-2- گواهی های مبتنی بر دریافت خدمات
653-1-3-2- گواهی های مبتنی بر عدم دریافت سود و با انگیزه خیر خواهانه
653-3-2- بازار ثانویه گواهی
674-2- واحد حکمیت
681-4-2- مزایای داوری
692-4-2- صلاحیت حکمیت
693-4-2- استثنائات داوری
724-4-2- طرق حل و فصل اختلاف در بازارهای مالی

74	5-2-تضمینات و وثایق.....
75	1-5-2-انواع وثیقه.....
75	1-1-5-2-ترهین مال منقول.....
75	2-1-5-2-ترهین اموال غیر منقول.....
76	3-1-5-2-اسناد و اوراق تضمینی.....
76	2-5-2-وثایق و تضمینات در بانکداری مشارکت در سود و زیان.....
77	3-5-2-مبانی فقهی و نظری اخذ وثایق و تضمینات در بانکداری مشارکت در سود و زیان.....

فصل سوم :

مقایسه مکانیسم اعطای مضاربه در هر دو الگوی بانکداری

81	1-3- مضاربه بانکی.....
81	2-3-مبنای قانونی پرداخت مضاربه بانکی.....
82	1-2-3-اعطای مضاربه از نظر شهید صدر.....
83	3-3-موضوع مضاربه.....
85	4-3- سرمایه مضاربه.....
89	5-3-مدت مضاربه.....
91	6-3-نحوه تقسیم سود مضاربه بین طرفین.....
91	1-6-3-تعیین نسبت و سهم سود بانک برای انجام مضاربه در بانکداری فعلی..
92	2-6-3-تعیین نسبت و سهم سود در بانکداری مشارکت در سود و زیان.....
94	3-6-3-محل درآمد بانک.....
98	4-6-3-پرداخت سود به سپرده گذاران.....
100	7-3-اخذ وثایق بانکی.....
102	نتیجه گیری.....

فهرست منابع و ماخذ:

104	الف) منابع فارسی.....
106	ب) منابع عربی.....
107	ج) مقالات.....
109	د) پایان نامه.....
110	ه) قوانین.....
111	و) فرهنگ ها.....

چکیده:

نظام فعلی بانکداری در ایران بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب 1362 و آیین نامه های مربوط به آن می باشد. علیرغم اینکه در ماده 21 قانون فوق آمده است که: «بانک مرکزی یا هر یک از بانکها و نیز بانکها با یکدیگر مجاز به عملیات بانکی ربوی نمی باشند» لیکن قراردادهایی که جهت دریافت سپرده های مردمی و پرداخت تسهیلات به سرمایه گذاران استفاده می شود همواره شبهه ربوی بودن را به ذهن متبادر می کند. جهت رفع این شبهه بانک ملی طرحی را معرفی کرده با عنوان بانکداری مشارکت در سود و زیان (PLS) که بر اساس این طرح که «بانکداری مشارکتی» خوانده می شود، بانک بعنوان یک نهاد واسطه از طریق انتشار گواهی های مختلف نسبت به جمع آوری سپرده مردمی و تخصیص آن به فعالان اقتصادی اقدام می کند و پس از اتمام طرح سود و زیان طرح را بین مجری و سپرده گذاران (دارندگان گواهی مشارکت) تقسیم می کند. این الگوی بانکداری با انتشار گواهی مشارکت و ایجاد بازار ثانویه آن، و تاسیس نهادهای همچون واحد امین و حکمیت دارای مزیت های توزیع ریسک، جذب شوک های اقتصادی، توزیع سود، عدالت توزیعی و حذف واقعی ربا نسبت به بانکداری فعلی است. در مقابل این الگوی بانکداری به دلیل مشارکتی بودن رابطه بانک با مشتریان با چالش هایی از قبیل نظارت و اطلاعات نامتقارن، ریسک ورشکستگی و نا اطمینانی در تجهیز منابع روبه روست.

کلید واژه: بانک، بانکداری بدون ربا، بانکداری مشارکت در سود و زیان، گواهی مشارکت، سپرده گذاری، مضاربه بانکی.

مقدمه

بانکداری اسلامی به عنوان با سابقه‌ترین نماد تأمین مالی اسلامی، روش بانکداری و کالتی را به جای نظام ربوی، اساس کار خود قرار داده است. هرچند اساس تأمین مالی اسلامی مشارکت طرفین است، ولی الگوهایی که بانک‌های ایران در عملیاتی کردن آن به کار برده‌اند، متفاوت است. در قانون «عملیات بانکی بدون ربا»، سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار طبق رابطه حقوقی «وکالت» پذیرفته می‌شوند. این الگو به اختصار الگوی «وکالتی» نامیده شده است. در سایر کشورها و بانک‌های اسلامی، الگوی دیگری در حال اجراست که به اختصار الگوی «مشارکتی» نامیده شده است. هرچند دقیقاً رابطه حقوقی به کار گرفته شده در این نوع حساب‌ها «شرکت» نیست و بیشتر این حساب‌ها مضاربه‌ای است.

گذشت بیش از 30 سال از تصویب و عملیاتی شدن قانون «بانک‌داری بدون ربا» مجال مناسبی فراهم نموده است تا صاحب‌نظران به نقد و بررسی این قانون بپردازند. این قانون در بخش سپرده‌های سرمایه‌گذاری، که اصلی‌ترین منابع بانک اسلامی است، از عقد «وکالت» بهره برده است. مطابق مواد سه تا شش قانون «بانک‌داری بدون ربا مصوب سال 1362»، بانک‌ها سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار را در قالب حقوقی عقد «وکالت»، از صاحبان آنها پذیرفته، در جایگاه وکیل سپرده‌گذاران، در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک، معاملات اقساطی، مزارعه، مساقات، سرمایه‌گذاری مستقیم، معاملات سلف، جعاله و تنزیل¹ به کار می‌گیرند و منافع حاصل از عملیات مذکور را طبق قرارداد، متناسب با مدت و مبلغ سپرده، با رعایت سهم منابع بانک پس از کسر هزینه‌ها و حق‌الوکاله، بین صاحبان سپرده تقسیم کنند. در الگوی «مشارکتی» (مشارکت در سود و زیان (pls))، منظور از شریک و مشارکت معنای عام آن است و منظور صرف عقد شرکت نیست. برای مثال، در برخی بانک‌های اسلامی، به حساب‌های سرمایه‌گذاری «حساب‌های مضاربه‌ای» می‌گویند. و منظور از مشارکت، مشارکت بین

¹ -خرید دین

صاحبان سپرده با فعالان اقتصادی به این صورت که بانک به عنوان واسطه و جوه با دریافت حق العمل و در مقام عامل سپرده گذار کارمزد متعلقه را دریافت و منابع مالی وی را در اختیار سرمایه گذاران قرار میدهد و بازدهی ناشی از آن را چه به صورت سود و یا زیان به صاحبان سپرده منتقل میکند.

1. بیان مسأله

در این پژوهش در نظر است بررسی کنیم که آیا بانکداری مشارکت در سود و زیان (pls) می تواند بعنوان یک الگوی بانکداری اسلامی جایگزین بانکداری متعارف (بانکداری بدون ربا) قرار گیرد.

مسأله اول این است که آیا بانکداری مشارکتی با تعریفی که بانک ملی (به عنوان تنها اجرا کننده) از آن می دهد و آنرا به مرحله اجرا گذارده می تواند منجر به حذف ربا گردد، و آیا اساساً شبهه ربوی بودن به بانکداری متعارف متصف است؟ علاوه بر این مسأله دیگر این است که آیا ابزارهای که در جهت اجرای بانکداری مشارکتی معرفی می گردد منطبق بر قوانین بوده و کارایی لازم را دارد؟

2. سوالات اصلی تحقیق

- 1- بانکداری مشارکتی (مشارکت در سود و زیان (PLS) چه امتیازی نسبت به بانکداری متعارف (بانکداری بدون ربا) دارد؟
- 2- واحد امین که در بانکداری مشارکت در سود و زیان تعریف شده است چگونه تفسیر میشود و آیا با امین تعریف شده در فقه همخوانی دارد؟
- 3- معاملات ناشی از ابداعات مالی بانکداری مشارکت در سود و زیان (بازار گواهی مشارکت در سود و زیان) از چه قسم معاملاتی میباشد و منطبق بر چه قانونی است؟
- 4- واحد حکمیت که در بانکداری مشارکت در سود و زیان تعریف شده است منطبق بر چه قوانینی است و آیا صالح به رفع اختلاف میباشد؟
- 5- وثایق و تضمیناتی که از مجری طرح در بانکداری مشارکت در سود و زیان در هنگام پرداخت تسهیلات اخذ میگردد به چه دلیل است و آیا اخذ آن فاقد اشکال است؟
- 6- اعطای مضاربه در قالب بانکداری مشارکت در سود و زیان (pls) با اعطای مضاربه در بانکداری فعلی چه تفاوتی دارد و آیا شبهه ربوی بودن را مرتفع میکند؟

3. فرضیه ها

- 1- با توجه به اینکه اساس بانکداری مشارکتی (مشارکت در سود و زیان PLS) بر مبنای عقد شرکت می‌باشد و نه در جذب منابع و نه در تخصیص منابع سود از پیش تعیین شده وجود ندارد؛ علاوه بر رونق اقتصادی موجبات حذف ربا را فراهم می‌آورد.
- 2- واحد امین واحدی نظارتی است که از طرف بانک بر فعالیت مجری نظارت کرده و میبایست وظایف و اختیارات آن را تحت رابطه وکالت تفسیر نمود و با امین تعریف شده در فقه تفاوت هایی دارد.
- 3- معاملات ناشی از ابداعات بانکداری مشارکت در سود و زیان از نوع معاملات اوراق بهادار بود که بوسیله قانون نحوه انتشار اوراق بهادار مصوب سال 1376 تنفیذ شده است.
- 4- واحد حکمیت که در بانکداری مشارکت در سود و زیان تعریف شده منطبق بر قواعد باب داوری در قانون آیین دادرسی مدنی است و صالح به رفع اختلاف است.
- 5- وثایق و تضمینات جهت تضمین اجرای صحیح مفاد قرارداد مشارکت در سود و زیان است و پوشش دهنده اصل و سود سرمایه نیست.
- 6- اعطای مضاربه در بانکداری مشارکتی (مشارکت در سود و زیان pls) به این دلیل که دارای چارچوب متفاوت با مدل بانکداری متعارف بوده و بر مبنای سود و زیان واقعی تجارت می‌باشد دارای مزیت‌های فنی نسبت به روش بانکداری متعارف می‌باشد و ضمن انطباق با شرع مقدس، شبهه ربوی بودن مضاربه بانکی (در مدل فعلی) را مرتفع میکند.

4. سابقه و پیشینه تحقیق

این پژوهش با نگاهی تطبیقی به هر دو الگوی بانکداری (فعلی و مشارکتی) تدوین شده است. تحقیقات پیشین عموماً به معرفی و نقد و بررسی الگوی فعلی به صورت جداگانه پرداخته‌اند.

تحقیقات داخلی که به بررسی الگوی بانکداری متعارف پرداخته خود را در چارچوب قانون بانکداری بدون ربا محصور کرده و سعی نموده‌اند بدون به هم ریختن روابط حقوقی

مذکور در این قانون راه کارهایی برای اصلاح ارائه دهند. و تحقیقات متفکران خارجی نیز بیشتر بر الگوی مشارکتی معطوف شده است.

موسویان در مقاله خود پس از نقد تجهیز منابع و انواع سپرده‌ها در بانکداری بدون ربا، به ارائه الگو بر اساس دو فرض پرداخته است که هر دو الگو در قالب عقد و کالت شکل می‌گیرد.¹

محمد نجات الله صدیقی در کتاب خود، مبانی نظری بانکداری بدون ربای مشارکتی مورد بررسی قرار داده است.²

شهید صدر نیز در کتاب البنك اللاربوی فی الاسلام نیز به تبیین اندیشه خود پرداخت که در آن کتاب نیز اساس بانکداری و کالتی است (بانکداری فعلی) و مشارکت در آن نقش کمی دارد.³

5. ضرورت انجام تحقیق

با توجه به اینکه موضوع این تحقیق در کتب حقوقی و امور بانکی بصورت مختصر مورد بررسی قرار گرفته و از طرفی با توجه به اینکه بانک ملی بر اساس این الگو اقدام به دریافت سپرده و اعطایی تسهیلات نموده و با توجه به جوانب نظری و عملی این مسأله انجام چنین تحقیقی ضروری به نظر می‌رسد.

6. روش تحقیق

روش گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای و میدانی می‌باشد و روش تحقیق به صورت تحلیلی و توصیفی می‌باشد.

¹ . سید عباس موسویان، ارزیابی عملکرد سپرده‌های بانکی بدون ربا. مجله اقتصاد اسلامی، سال چهارم، 1388، شماره

15

² محمد نجات الله صدیقی، ربا، بهره بانکی و حکمت تحریم آن در اسلام؛ مترجم: حسین میسمی؛ چاپ اول، تهران انتشارات دانشگاه امام صادق

1389

³ سید محمد باقر صدر، البنك اللاربوی فی الاسلام بیروت 1417 ه.ق

7. هدف‌ها و کاربردهای مورد انتظار از انجام تحقیق

هدف علمی: بررسی و تبیین بانکداری مشارکتی و شناخت نقاط قوت و ضعف این الگو و تمییز آن از بانکداری فعلی.

هدف عملی: ارائه راه کارهایی به موسسات مالی و قانونگذار و محاکم در خصوص نحوه تنظیم قراردادهای بانکی و تفسیر آن در محاکم.

8. سامانه تحقیق

این تحقیق در 3 فصل تدوین یافته، در فصل اول که عنوان « کلیات » را دارد ماهیت فقهی و اقتصادی حرمت ربا و عملیات بانکی متداول مورد بررسی قرار گرفت. در فصل دوم با عنوان « بانکداری مشارکتی، مشارکت در سود و زیان pls و نهادها و ابزار های کمکی » نسبت به تعریف این الگو اقدام و نقاط قوت و ضعف این الگو مورد بررسی قرار گرفت و در فصل سوم با عنوان « مقایسه مکانیسم اعطای مضاربه در هر دو الگوی بانکداری » نحوه انعقاد قرارداد مضاربه در هر دو مدل مورد بررسی قرار گرفت و مزیت های الگوی مشارکتی شناسایی شد.

فصل اول:

کلیات

1-1-1- ربا و مبانی فقهی حرمت آن

پیش از ورود به بحث بانکداری بدون ربا شایسته است ابتدا ربا تعریف و مبانی فقهی حرمت آن شناسایی گردد. در این بخش به تعریف ربا و بررسی مبانی فقهی حرمت آن در اسلام می پردازیم.

1-1-1- ربا در قرآن

ریشه اصلی کلمه «ربا» که در قرآن کریم نیز به کار رفته، «رب» است، عرب‌ها هنگامی که چیزی زیاد می شود، رشد می کند می گویند: «ربا الشيء» به همین دلیل زمانی که مالی افزون می گردد گفته می شود: «ربا المال»¹ در قرآن مشتقات واژه «ربا» به معنا فزون شدن و بالا آمدن آمده است:

«يُمَحِّقُ اللَّهُ الرَّبْوَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ»¹: خداوند ربا را از بین می برد و صدقات را می افزاید.

(فاحتمل السيل زبدًا رابيًا)²: سیل کفی را بالای سر خود داشت.

در مسأله تحریم ربا بین محققان دو مسلک وجود دارد: برخی معتقدند حرمت ربا در قرآن به صورت تدریجی رخ داده است³ و بعضی دیگر از نویسندگان معتقدند که اسلام یک باره ربا را حرام کرده است.

گروه نخست برای تنظیم تاریخی آیات و کیفیت تفسیر آن‌ها بسیار کوشیده‌اند و سیر تدریجی معناداری برای تحریم ربا ارائه داده‌اند اما شواهدی هست که خلاف نظر آنان را اثبات می کند. از جمله چیزهایی که تدریجی بودن تحریم ربا را نفی می کند روایتی است که از کتاب کافی آمده است: سماعه می گوید: به امام صادق (ع) گفتم: خداوند متعال مسأله ربا را در چندین آیه آورده و تکرار کرده است امام (ع) فرمود: آیا دلیل آن را نمی دانی؟ گفتم: نه فرمود: به دلیل که مردم کارهای نیک (مانند قرض الحسنه) را ترک نکنند.⁴

1- ابن منظور، لسان العرب، ج 5، ص 126 به نقل از کتاب ربا و پیشینه تاریخی آن، تألیف بخش فرهنگی جامعه مدرسین. حوزه علمیه قم 1381

1- بقره آیه 276

2- رعد آیه 17

3- احمد مصطفی مراغی، تفسیر المراغی، بی تا، بی جا، ج 1 جزء 3 ص 59 و 60؛ عبدالرزاق السنهوری، مصادر الحق فی فقه اسلامی ج 3 ص

200 دار احیا التراث العربی بیروت 1421 هج

4- محمد بن یعقوب کلینی، الفروع من الکافی تصحیح علی اکبر غفاری ج 5 باب الربا ص 146 تهران انتشارات اسلامی 1361

از این روایات استفاده می‌شود که علت تکرار آیات ربا در قرآن، تأکید تحریم و یادآوری اهمیت آن بوده است نه چیز دیگر. از برخی شأن نزول‌های ذکر شده درباره آیات ربا نیز چنین بر می‌آید که برخی از مسلمانان پس از تحریم ربا در آیه سوره آل عمران باز هم آن را کنار نگذاشتند و اقدام به رباخواری کردند. از این رو خداوند با فرستادن آیات سوره بقره و بیان رباخواران و عذاب‌هایی که در انتظار آنهاست اراده فرموده که این عمل را از صحنه فعالیت اقتصادی مسلمانان حذف کند، بنابراین مسأله تدریج تحریم ربا در کار نبوده است.

نتیجه بحث فوق در اینجا است که گروهی که اعتقاد به تحریم تدریجی ربا دارند به استناد آیه 130 سوره آل عمران «یا ایها الذین آمنوا لا تاکلوا الربوا أضعافا مضاعفة و...»: ای کسانی که ایمان آوردید ربا را چند برابر نخورید...» می‌گویند در این مرحله حکم حرمت ربا نازل شده است و با تفسیر این آیه با این عنوان هر ربایی حرام نیست بلکه ربای که در آن «أضعافاً مضاعفة» رخ داده است حرام است بدین معنی که تنها ربای فاحش حرام است زمینه طرح این شبهه زمانی به وجود آمد که نظام سرمایه‌داری در کشورهای اسلامی اقدام به تأسیس بانک‌های غربی نمود در اواخر قرن نوزدهم مباحث زیادی بین دولت عثمانی و صاحبان بانک‌ها و مؤسسات پولی از یک سو و عالمان آن کشور از سوی دیگر درباره میزان نرخ بهره مطرح بود که در نهایت کار به آنجا کشید که عالمان حکم به حلال بودن بهره‌های کم دادند و در بیان‌های که در دهم شوال سال 1328 ه ق صادر کردند اعلام نمودند: «مشایخ اسلام مقرر داشته‌اند که اموال و دیعه گذاشته شده در بانک یا اموال قرض گرفته شده و برگردانده شده و مبالغی که از بانک گرفته می‌شود یا به هر صورتی در آن جا می‌ماند تا موقعی که بهره‌های کم و باشد حلال است»¹.

و لیکن نظر فوق در فقه محجور مانده و تقریباً تمامی علمای اسلامی بر حرمت ربا به هر اندازه‌ای که باشد اجماع دارند تا آنجا که حتی امام خمینی (ره) حرمت آن را مرز انکار ضروریات دین دانسته است.²

1- محمد عبدالهادی، الربا و القرض فی فقه الاسلامی، دار الاعتصام، ریاض، بی تا، ص 21

2- سید روح‌اله خمینی، تحریر الوسیله، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، نشر دارالعلم، 1374 ج 1 ص 336

1-2-1- ربا در سنت

به جهت بزرگی ربا و آثار زیانبار آن بر فرد و جامعه گذشته از آیات قرآن روایات زیادی از رسول خدا (ص) و ائمه اطهار (ع) آمده که موردی از آنان را جهت نمونه در این بخش ذکر می‌شود:

عن فقه الرضا (ع): اعلم یرحمک الله أن الربا حرام سحت من الكبائر و مما قد وعد الله علیه النار فنعوذ بالله منها و هو محرّم علی لسان کلّ نبی فی کلّ کتاب¹: بدان که خدا تو را رحمت کند به درستی که ربا حرام و پلید و از گناهان کبیره و از جمله جرایمی است که خداوند بر آن وعده‌ی عذاب داده است. پس از آن به خدا پناه می‌بریم. ربا در کلام همه‌ی پیامبران و در همه‌ی کتاب‌های آسمانی حرام شده است.

1-3-1- انواع ربا:

الف) ربای معاملی:

در سنت رسول اکرم (ص) نوع خاصی از ربا تحریم شده است که «ربای معاملی» نام دارد این نوع ربا در گذشته که مبادلات پایاپای رواج داشت بیش‌تر تحقق داشت لذا بخش مهمی از مباحث ربا در کتاب‌های فقهی به ربای معاملی اختصاص دارد.

هرگونه زیادی در معامله‌ی دو شی همجنس و یا معامله‌ای که مشتمل بر زیادی یکی از عوضین باشد، با فرض تحقق شرایط خاص، ربای معاملی نامیده می‌شود.²

فقیهان شیعه براساس روایاتی که از طریق ائمه اطهار (ع) نقل شده است برای تحقق ربای معاملی شرایط زیر را مطرح کرده‌اند:

1) مکیل و موزن بودن عوضین

فقه‌های شیعه اتفاق دارند که مکیل و موزن بودن شرایط ربای معاملی است³ در مقابل مشهور شیخ مفید، ابن جنید و شهید مطهری موضوع ربای معاملی را شامل معدودات هم می‌داند.

1- محمدباقر مجلسی، بحار الانوار، انتشارات کتابچی، 1373 ه ش، ج 103، ص 121 ح 33.

2- سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، العروه الوثقی، دفتر نشر اسلامی، قم ج 2 (ملحقات) ص 4.

3- تحریرالوسیله ج 1 ص 537؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، موسسه معارف السلامیه قم 1415 ه ق، ج 3 ص 322؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، موسسه النشر اسلامی، تهران، 1374 ه ش، ج 2 ص 38.

شهید مطهری می‌گوید: «ما در اثر مطالعه‌ای که آن وقت کردیم به این نتیجه رسیدیم که مکیل و موزون هم خصوصیت ندارد. مقدر خصوصیت دارد. یعنی قابل تقدیر و مقصود همان کمیت است»¹.

2) اتحاد در جنس

شرط دوم برای تحقق ربای معاملی این است که عوضین از یک جنس باشند. مثل معامله گندم به گندم و پول با پول.

ب) ربای قرضی:

ربای قرضی چه در زمان‌های گذشته و چه در عصر حاضر، رایج‌ترین نوع ربایی است که در جوامع مختلف وجود داشته است به این صورت که فرد برای تأمین نیاز مالی، جهت امور مصرفی یا سرمایه‌گذاری تقاضای قرض می‌کند و در ضمن عقد قرض متعهد می‌شود آنچه را می‌گیرد همراه با زیادی برگرداند. در حقیقت ربای قرضی در نوع خاصی از عقد قرض تحقق می‌یابد که در آن شرط زیادی شده است.

به طور کلی، اگر در عقد قرض شرط شود هنگام بازپرداخت بدهی مقداری به مبلغ قرض افزوده شود، به اجماع علمای اسلام ربا و حرام است². و تا قرن اخیر احدی از علمای شیعه و سنی در حرمت آن شک نکرده است. تنها در قرن اخیر با نفوذ و گسترش سیستم اقتصاد سرمایه‌داری در کشورهای اسلامی، برخی از علما که تحت تأثیر این سیستم اقتصادی قرار گرفته بودند با طرح شبهاتی کوشیدند بعضی از صورت‌های ربای قرضی را حلال شمرند، از جمله این که بعضی گفته‌اند: بهره قرض‌های سرمایه‌گذاری ربا نیست. علمای همچون معروف الدوالیبی و مصطفی الزرقا³ معتقدند که آنچه در دین اسلام به عنوان ربا تحریم شده در خصوص بهره‌ی قرض‌های مصرفی است و شامل قرض‌های سرمایه‌گذاری نمی‌گردد. دلایلی که اینان مطرح می‌کنند در خصوص عدم حرمت ربا در قرض‌های سرمایه‌گذاری از پایه و اساس علمی آن چنانی برخوردار نیست و تمامی شبهاتی که آنان وارد می‌کنند توسط

1- مرتضی مطهری، ربا، بانک و بیمه، انتشارات صدرا، تهران، 1364، هش، ص 78

2- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، مکتبه الاسلامیه، تهران، 1367، هش، ج 25 ص 5؛ یوسف البحرانی، الحدائق الناظره، موسسه النشر اسلامی، قم، 1363، هش، ج 20 ص 110

3- مصطفی الزرقا: «المشكلات العصریه فی میزان الشریعه الاسلامیه» مجله البعث الاسلامی سال 1388 هـ ق ج 12. ص 70

علمای شیعه پاسخ گفته و حرمت ربا در این گونه قروض اثبات شده است که آوردن آن از حوصله این بحث خارج است.

1-1-4-حیله‌های ربا

پیش از بیان حکم حیله‌های ربا، لازم است حیله را تعریف و اقسام حیله‌های شرعی را بیان کنیم

حیله در لغت عرب از ماده‌ی «حول» گرفته شده است که به معنای سال، گذشت زمان و از حالی به حالی گردیدن است^۱.

در اصطلاح فقها، حیله‌های ربا به راه‌های چاره‌ای گفته می‌شود که شخصی برای فرار از حرمت ربا می‌کوشد از طریق بعضی از معاملات و عقود که ظاهری شرعی دارند به هدف اصلی خود که همانا دریافت «زیادی» است دست یابد بی آنکه در ظاهر مخالف شرع کند و مستحق عقوبات دنیوی و اخروی رباخواری باشد.

از گفتار فقها و روایات فراوان چنین استفاده می‌شود که به دو نحو می‌توان از حریم ربا خارج شد.

الف) خروج حکمی

به این صورت که مورد را از تحت عموم دلیل شرعی در آوریم. یعنی در حکم حرمت استثناء قائل شویم. مثلاً همان طور که ربا گرفتن پدر از فرزند استثناء شده است و صریح روایات دلالت دارد که حرام نیست، ربا گرفتن دولت از مردم را به ربای بین پدر و فرزند قیاس کنیم حکم به عدم حرمت آن نماییم موارد قابل ذکر در خروج حکمی ربا عبارتست از: ربا میان پدر و فرزند، زن و شوهر و مسلمان از کافر حربی می‌باشد.

1- اقرب الموارد ج 1 ص 246.

ب) خروج موضوعی

به این صورت که عمل به گونه‌ای انجام شود که موضوع و مفهوم ربا بر آن صادق نباشد. یعنی به اصطلاح تخصصاً از موضوع ربا خارج شده است. از موارد خروج موضوعی می‌توان به بیع عینیه^۱، بیع شرط^۲، خرید و فروش اسکناس داخلی به اسکناس ممالک دیگر (خرید و فروش ارز) ضم غیر جنس^۳، هبه معوض^۴ می‌توان نام بود.

بیش تر فقیهان معتقدند که به کارگیری حیل در معاملات ربوی صحیح است^۵ در مقابل سید مرتضی، محقق بهبهانی و محقق اردبیلی حیل‌های ربا را مطلقاً باطل می‌دانند^۶. امام خمینی در این باره می‌گوید: حیل‌ها نمی‌تواند موضوع ربا را از تحت علت‌هایی که در کتاب و سنت برای تحریم ربا ذکر شده است. مانند ظلم، فساد اموال و تعطیل تجارت خارج سازد. و نظر به حرمت حیل‌های ربا داده‌اند.^۷

شهید مطهری نیز برای اثبات حرمت حیل‌های ربا مانند امام خمینی استدلال می‌کند و می‌گوید: «از قرآن مجید استفاده می‌شود که ملاک حرمت ربا ظلم است: (لا تظلمون و لا تظلمون)^۸ و روشن است که این ظلم چیزی جز ظلم ربا گیرنده بر ربا دهنده (در این که زیادت‌تر از اصل مال خود می‌گیرد) نیست و همین نکته از آیه (لیربوی اموال الناس)^۹ و آیه‌ی

1- وجه معروف بیع عینیه آن است که شخص کالائی را به نسیه می‌فروشد و همان کالا را با قیمتی کمتر نقداً به فروشنده می‌فروشد و پولی را از این بابت به وام دریافت می‌کند. حلیت این بیع در قرار ندادن شرط معامله دوم در معامله اول است. (حسن محمد تقی جواهری، الربا فقیهاً و اقتصادياً، ص 241).

2- بیع شرط آن است که کسی کالایی را می‌فروشد تا زمان معین خریدار اصل کالا را دعوت داده و وجه خود را دریافت کند. این عمل نوعی وام است در مقابل استفاده از این وام فروشنده مبلغی را به عنوان اجاره یا استفاده منفعت به خریدار می‌پردازد پس فروشنده دریافت کننده وام و خریدار پرداخت کننده وام می‌باشد. (شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام جلد 23، ص 36-37)

3- مثل اینکه یک تن گندم را بفروشد به دو تن گندم و یک درهم. (تحریر الوسیله جلد سوم ص ص 68-64).

4- مقداری مساوی و همجنس را معاوضه و مازاد را به طرف دیگر هبه نماید. (ربا و تورم، احمد علی یوسفی، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی چاپ اول ص 127 و 1381 تهران).

5- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام ج 23 ص 396

6- ر. ک: رساله سید محمد بن محمدصادق، مجله کیهان اندیشه، مهر 1365، ص 109.

7- تحریر الوسیله، ج 1، ص 538، مساله 7

8- بقره آیه 279

9- روم آیه 30

(لاتأكلوا الربوا أضعافاً مضاعفه)³ (که در مقام تقبیح است) نیز فهمیده می‌شود. این ملاک، قطعی و مورد تصریح قرآن کریم است و چون با حیله‌های ربا این ظلم برداشته نمی‌شود. زیرا ماهیت عمل از لحاظ اقتصادی فرق نمی‌کند. لذا به طور قطع این حیله‌ها صحیح نیست.⁴ از مباحث مطرح شده این نتیجه به دست می‌آید که حیله‌هایی که برای فرار از ربای قرضی به کار می‌رود حکم به بطلان آن می‌شود و در ربای معاملی نسبه که می‌تواند مقدمه‌ای برای تحقق ربای قرضی باشد. انجام این حیله‌ها در معاملات نسبه کالاهای ربوی همجنس جایز نیست. اما به کارگیری حیله برای فرار از ربای معاملی نقد اشکالی ندارد.

¹ - آل عمران آیه 130

² - مرتضی مطهری، ربا، بانک، بیمه، ص 237-239