[مقدمه 7](#_Toc381464600)

[2-1حقوق قراردادها 8](#_Toc381464601)

[2-1-1 نظریه چانه زنی : مقدمه ای برقراردادها 9](#_Toc381464602)

[2-1-2 نظریه اقتصادی قرارداد 10](#_Toc381464603)

[2-2قراردادها در اقتصاد اسلامی 18](#_Toc381464604)

[2-2-1 اقسام قرارداد 19](#_Toc381464605)

[2-2-2 شرایط قرارداد 19](#_Toc381464606)

[2-2-3 قرارداد (عقد) 20](#_Toc381464607)

[2-2-4 موضوع قرارداد 20](#_Toc381464608)

[2-2-5 تعهدات طرفین قرارداد 21](#_Toc381464609)

[2-2-6 انواع قراردادها: 21](#_Toc381464610)

[2-2-6-1 بیع(لازم) 21](#_Toc381464611)

[2-2-6-2 انواع بيع 23](#_Toc381464612)

[2-2-6-2مضاربه (جایز) 27](#_Toc381464613)

[2-2-6-3 قرارداد قرض(لازم) 28](#_Toc381464614)

[2-2-6-4 جعاله (جایز) 29](#_Toc381464615)

[2-2-6-5 شرکت (جایز) 31](#_Toc381464616)

[2-2-6-8 مزارعه 35](#_Toc381464617)

[2-2-6-9 مساقات 36](#_Toc381464618)

[2-2-7 شرایط ضمن قرارداد 37](#_Toc381464619)

[2-3بانکداری اسلامی 40](#_Toc381464620)

[2-3-1 نظام بانكداري مبتني بر بهره (بانکداری متعارف) 40](#_Toc381464621)

[2-3-2 انواع سپرده در بانكدارى بدون ربا 41](#_Toc381464622)

[2-3-3 اثرات جایگزینى بانکداری بدون ربا به جای بانکداری متعارف(ربوی) 44](#_Toc381464623)

[2-5-3-1کاهش هزینه‏هاى تولید 44](#_Toc381464624)

[2-3-3-2 افزایش سرمایه‏گذارى 45](#_Toc381464625)

[2-3-3-3 افزایش تولید و عرضه کل 47](#_Toc381464626)

[2-3-3-5 بالا رفتن سطح اشتغال 47](#_Toc381464627)

[2-3-3-5 کاهش سطح عمومى قیمت‏ها 47](#_Toc381464628)

[2-3-3-6 عادلانه‏تر شدن توزیع درآمد 49](#_Toc381464629)

[2-3-3-7 ثبات بیش‏تر اقتصادى 49](#_Toc381464630)

[2-3-3-8 بالا رفتن سطح عمومى رفاه 50](#_Toc381464631)

[2-3-3-9 همسویى منافع 50](#_Toc381464632)

[2-3-3-10تطابق با عدل و قسط 50](#_Toc381464633)

[2-3-3-11 ارزش یافتن نیروى انسانى 51](#_Toc381464634)

[2-4 اصول حاكم بر بانكداري اسلامي 52](#_Toc381464635)

[2-4-1 نفی غرر 53](#_Toc381464636)

[2-4-2 اصل لزوم در عقود 54](#_Toc381464637)

[2-4-3 نفی اکل مال به باطل 55](#_Toc381464638)

[2-4-4 نفی ضرر 57](#_Toc381464639)

[2-4-5 اصل العقود تابعه للقصود 58](#_Toc381464640)

[2-4-6اصل ثبات مالکیت یا اصل تبعیت نما از اصل 58](#_Toc381464641)

[2-4-7 مکاسب محرمه 59](#_Toc381464642)

[2-4-8 ریسک و بازده 60](#_Toc381464643)

[2-4-9 نفی اتلاف 61](#_Toc381464644)

[2-4-10 نفی ربا 62](#_Toc381464645)

[2-4-11 نفی حیله برای فرار از احکام شرعی 63](#_Toc381464646)

**مقدمه**

توسعه اقتصادی هر جامعه در گرو استفاده از سرمایه­های داخلی و خارجی می­باشد. سرمایه گذاری­های مناسب در هر جامعه بخش مهمی از وظایف دولت­ها و کلیه آحاد جامعه است. در هر اجتماعی دست کم دو گروه صاحب سرمایه وسرمایه گذار وجود دارند که می‌باید بین این دو گروه ارتباط منطقی برقرار گردد. در گروه صاحب سرمایه معمولا اشخاصی وجود دارند که سرمایه­های نقدی و غیر نقدی در اختیار داشته ولی امکان به کارگیری آنها به دلایل مختلف از جمله کمبود سرمایه، عدم تخصص، عدم فرصت، پایین بودن ریسک پذیري، و بسیاری عوامل دیگر امکان وتوانایی استفاده از سرمایه یا پس­اندازهای خود را در فعالیت‌های اقتصادی ندارند. و در گروه سرمایه­گذار، بنگاههای اقتصادی قرار دارند که دارای تخصص و امکانات لازم برای به کارگیری سرمایه­های راکد در فعالیت­های اقتصادی هستند، اما ممکن است با کمبود منابع یا سرمایه برای سرمایه گذاری بلند مدت و یا کوتاه مدت مواجه باشند.شکل دهی و ایجاد این ارتباط در بازارهای سرمایه توسط بورس­ها و کارگزاران و در بازارهای پولی و اعتیاری توسط موسسات تامین مالی از جمله بانک­ها صورت می­گیرد و به علت شناخت مردم از بانک­ها و اعتماد و اعتباری که آنها برای خود در دوران فعالیت کسب کرده­اند، نقش کاملا پررنگ­تری در این زمینه دارند.

بانک­ها به منظور نزدیک­تر نمودن وایجاد ارتباط بین این دو گروه وکاهش ریسک و افزایش بازدهی سرمایه­گذاری­ها، برنامه­ریزی نموده وباایجاد انگیزه­های تشویقی تمایل صاحبان سرمایه را به پس انداز افزایش می­دهند و از سوی دیگر با شناخت بنگاه­های اقتصادی سرمایه گذار وامکانات وتخصص آنان، امکانات سرمایه گذاری را برای ایشان فراهم می نماید، و بدین صورت با ایجاد یک نقش واسطه­گری سعی در به کارگیری سرمایه های راکد به منظور رشد و سلامت اقتصادکشور و در چارچوب سیاست های تدوینی وهمچنین بازدهی مناسب برای سرمایه گزاران وصاحبان سرمایه رافراهم می سازند.

در کشور ایران با تغییرات شکل گرفته در نحوه­ی فعالیت بانک­ها از ابتدای

 سال 1363 و در نتیجه حذف ربا و جایگزینی سود در فعالیت­های بانکی تغییرات اساسی در چگونگی تجهیز منابع یا گردآوری­های سپرده­ها و تخصیص منابع یا اعطای تسهیلات به منظور انجام سرمایه­گذاری­ها (کوتاه­مدت، میان­مدت، بلند­مدت) شکل گرفته است، به گونه­ای که می­تواند یک ارتباط منطقی بین صاحبان سرمایه یا سپرده­گذاران و متقاضیان سرمایه­گذاری بوجود آورد. (جمشیدی، 1390) در این بین قراردادهایی وجود دارند که بین بانک و سرمایه­گذار و بانک با متقاضی منعقد می­شود و براساس آن گردآوری منابع وتخصیص منابع صورت می­گیرد.

 این فصل شامل چهار بخش اصلی است بخش اول به قراردادها و حقوق قراردادها می‌پردازد. بخش دوم به بانکداری اسلامی می­پردازند، بخش سوم به قراردادها در اقتصاد اسلامی پرداخته شده و در بخش چهارم به اصول قراردادها پرداخته شده است. از نظریه چانه­زنی و نظریه اقتصادی قراردادها ویژگی­های کارایی­بخش استخراج می­شوند که به صورت یک جدول ارائه می­شوند و حر قرارداد با این جدول بررسی می­شود.

**2-1حقوق قراردادها**

در این قسمت به مباحثی از حقوق قراردادها می­پردازیم که جزء اصول قراردادها نیز می‌باشند، در ابتدا باید بیان کنیم که دو سؤال اساسی در حقوق قرار داد وجود دارد یکی ((چه تعهداتی الزام­آوار هستند؟)) ودیگری ((جبران خسارت نقض تعهدات الزام آور از چه طریقی است؟)). دادگاهها در زمان تصمیم گیری در خصوص اختلافات قراردادی و قانون گذاران هنگام مباحثه در خصوص لوایح به منظور قانونمند کردن قراردادها، با این سوالات مواجه می‌شوند.

یک نظریه حقوق قراردادها می بایست دادگاهها ، قانون گذاران و اشخاص خصوصی وکلای آنان را (که به دنبال انعقاد قرار داد یا تصمیم گیری در زمینه اجرا یا نقض تعهدات هستند )، با پاسخ به این سوالات راهنمائی کند. در واقع این دو مورد از ویژگی­های بارز یک قرارداد می­باشند که در ادامه شرح داده خواهند شد و به دنبال آنها تا پایان این بخش ویژگی‌های یک قرارداد بیان و بررسی می­­شوند.

**2-1-1 نظریه چانه زنی : مقدمه ای برقراردادها**

در اواخر قرن 19 و اوائل قرن 20، دادگاهها ی انگلیسی – آمریکائی و مفسران حقوقی، نظریه چانه زنی در قرارداد را به منظور پاسخ به دو سؤال اساسی حقوق قرارداد ارائه دادند. طبق نظریه چانه زنی، حقوق می بایست تعهدات یک معامله را اجرا کند. برای اجرای این نظریه، نظریه­پردازان حداقل ویژگی­های یک معامله نوعی را مجزا کردند. این ویژگی­ها در ارتباط با روشی که حقوقدانان در خصوص قراردادها می اندیشند ضروری هستند.

**الف:چه تعهداتی می بایست الزام آور باشند ؟**

از نظر حقوقی زمانی یک تعهد الزام آور است که به عنوان بخشی از یک معامله باشد؛ وگرنه الزام­آور نمی­باشد. نظریه مذاکره[چانه زنی ] اجرای تعهدات را بر طبقه بندی تعهدات مبتنی بر چانه زنی و غیر مبتنی بر چانه زنی منوط می کند. نتیجتا" ، این نظریه مستلزم مشخصه دقیقی از شرایط لازم و کافی برای دادگاه جهت تصمیم بر اینکه معامله ای رخ داده است، می باشد نظریه پردازان چانه­زنی، سه شرط را متمایز می­کنند؛ ایجاب ، قبول و عوض.

 ایجاب و قبول دارای مفهوم یکسانی با محاوره عادی هستند: یک طرف باید پیشنهاد [ایجاب] دهد و دیگری باید آن پیشنهاد را قبول کند(پذیرفتم). گاهی رویه های تجاری و عرف های اجتماعی ، علامت هایی را برای ایجاب و قبول تجویز می­کنند. واژه ((متعهد)) به کسی اشاره دارد که تعهد می دهد، و واژه متعهدله به کسی اشاره دارد که تعهد را دریافت می‌کند. (رابرت کوتر، 2009)

در یک معامله متعهد له، متعهد را به دادن تعهد ترغیب می­کند. وسیله این ترغیب (انگیزه) ممکن است پول باشد، ممکن است کالا باشد ، مانند وقتی که فروشنده یک اتومبیل را در ازاء تعهد به پرداخت در آینده تحویل دهد. ممکن است یک خدمت باشد. بنابراین اشکال معامله عبارتند از : پول در ازاء تعهد ، کالا در ازاء تعهد ، خدمت در ازاء تعهد.

صرف نظر از شکل معامله، هر معامله متضمن انگیزه­ای دوجانبه است: متعهدله چیزی به متعهد می­دهد تا او را ترغیب به دادن تعهد کند و متعهد هم به عنوان وسیله ترغیب متعهدله، تعهد می­دهد. نظام حقوق عرفی از اصطلاح فنی((عوض)) برای توصیف آنچه متعهدله برای ترغیب متعهد به دادن تعهد می­دهد، استفاده می کند. طبق نظریه چانه­زنی که تعهدات واجد عوض، الزام آور و تعهدات فاقد عوض، الزام آور نیستند. بنابراین تعهد به موجب نظریه چانه­زنی، الزام­آور است(کوتر،2010).

**ب: چاره خسارت نقض تعهدات الزام آور چیست؟**

نظریه چانه­زنی [معامله] برای دومین سوال اساسی نظریه قرارداد(یعنی طریقه جبران خسارت نقض تعهدات الزام آور) نیز دارای پاسخ است و آن میزان منفعتی است که متعهدله در صورت ایفاء تعهد بدست می­آورد. حقیقت یک معامله، تعهد الزام­آور ایجاد می کند و ارزش مورد انتظار از یک معامله، میزان خسارت را مشخص می کند(رابرت کوتر،2010).

**2-1-2 نظریه اقتصادی قرارداد**

هرگاه تغییری در حقوق باعث ایجاد وضعیت بهتر برای فردی شود بدون اینکه وضعیت دیگری را بدتر کند، لازمه (کارآئی پارتو) تغییر آن به سمت وضع بهتر است. (حقوق کارآمد پارتو) یک نام فنی برای حقوق انعطاف پذیر است. نظریه­ی حقوقی­ای که بر مبنای کارآئی پارتو باشد انعطاف­پذیر بوده است. به طور کلی، کارآئی اقتصادی این چنین مقرر می­دارد که اگر متعهد و متعهدله هر دو در زمان ایجاد تعهد خواهان الزامی بودن آن باشند، تعهد باید الزام آور باشد. نظریه اقتصادی قراردادها برای کارایی قراردادها ویژگی­­هایی را برمی­شمرد که در ادامه شرح داده خواهند شد.

**ویژگی­های یک قرارداد:**

**الف:همکاری و التزام**

بسیاری از داد و ستدها به صورت هم­زمان و فوری صورت می­گیرد، مانند وقتی که یک خریدار برای کالاهائی که از بقالی خریداری کرده است پول نقد می پردازد. در یک مبادله همزمان و نقدی، دلیل خاصی برای متعهد شدن وجود ندارد. ایجاد تعهدات نوعا" مربوط به مبادلات مؤجل[با تأخیر] (که برای کامل شدن نیازمند گذر زمان است) می­باشد. برای مثال، یک طرف پول را می­پردازد و طرف دیگر متعهد به تحویل کالا در آینده می­شود(پرداخت در ازاء تعهد) یا یک طرف متعهد به تحویل کالا در آینده می شود و طرف دیگر متعهد به پرداخت در زمان تحویل کالا می شود(تعهد در ازاء تعهد)(کوتر،2010).

**ب:اطلاعات**

یکی از ویژگی­هایی که در بحث نظریه اقتصادی قراردادها بسیار حائظ اهمیت است. اطلاعات نامتقارن است که طرفین معامله از آن­ها آگاه هستند.

اطلاعات نامتقارن: به اطلاعاتی گفته می­شود که یکی از طرفین نسبت به آن آگاهی دارد و طرف دیگر ندارد(کوتر،2010).

تبادل اطلاعات بین طرفین قرارداد نقش مهمی در ترویج التزام و همکاری بین آنها دارد. قبل از تشکیل قرارداد طرفین یک سری آگاهی های شخصی مثل قیمت و شرایط دیگری که مایلند به عهده بگیرند، مدت زمانی برای این رابطه در نظر دارند، جنبه هائی از تعهد که از اهمیت زیادی برای آن­ها برخوردار است و جنبه­هائی که چندان مهم نیستند، دارند. اطلاعات نامتقارن می­توانند سبب بروز مشکلاتی برای معامله مورد نظر شوند. به واقع وجود اطلاعات نامتقارن می­تواند مانع داد و ستدهای متقابل و پر منفعت گردد.

یکی از شرایط کارایی بازار که عدالت اقتصادی آن را ایجاب می­کند، وجود اطلاعات کامل و شفافیت آن­ها بین فروشندگان و خریداران است. اسلام از یک طرف با تحریم دروغ و غش در معاملات «الغش حرام بلاخلاف...» (شیخ انصاری المکاسب،ج3، 125) و از طرف دیگر بر آگاهی محتوای قراردادها این شرط را تامین می­کند. خیارات مختلفی که که جهت فسخ و برای طرفین معاملات در نظر گرفته شده است در همین زمینه ارزیابی می­شود.

پیامبر اکرم(ص) درباره راستی و دروغگویی بر تجارت می­فرماید: «هرگاه دو تاجر با یکدیگر به راستی برخورد کنند خداوند تجارتشان را مبارک قرار دهد و اگر دروغ بگویند و خیانت کنند بر آنان برکتی قرار نمی­دهد»(شیخ کلینی، فروع کافی، ج5، 174).

**ت:ایفاء تعهد:**

در اینجا به دومین سوال حقوق قراردادها می پردازیم جبران خسارت) :[چاره] نقض تعهد الزام آور چیست؟) با بکار گیری یک چارچوب تحلیلی مشابه آنچه برای پاسخ به سوال اول بکار بردیم، به این سوال پاسخ خواهیم داد. جبران خسارت را به عنوان (قیمت) پرداخت شده توسط متعهد به دلیل نقض قرارداد، در نظر بگیرید. هر چقدر قیمت نقض قرارداد بالاتر باشد، التزام متعهد به ایفاء تعهد قوی­تر خواهد بود. سومین هدف حقوق قرارداد تضمین التزام بهینه نسبت به ایفاء تعهد است. در واقع ایفاء تعهد یعنی متعهد تعهدی را که داده است عمل کند، ایفاء کند. این قضیه را به تفصیل با برشمردن ویژگی­هایی توضیح خواهیم داد.

**1-خسارت انتظاری کامل:**

گاهی طرفین قرارداد دیدگاه محدودی نسبت به منافع شخصی شان دارند. به عنوان مثال کارناوال­های سفری و فروشندگان اتومبیل های دسته دوم با مشتریانشان به تندی برخورد می کنند. به طریق مشابه صاحبان خانه و خریداران اغلب در معامله مستغلات به تندی با یکدیگر برخورد می کنند. به طور کلی معاملات یکباره با مبالغ بالا با برخوردهای تند همراه است. در این معاملات متعهد ممکن است توجه کمی نسبت به آنچه متعهدله در اثر نقض قرارداد از دست می دهد نشان دهد. در واقع نگرانی متعهد در مورد نقض تعهد ممکن است بیش از تعهد او نباشد. اگر تعهد تنها نگرانی متعهد باشد، آنگاه در صورتی که هزینه ایفاء تعهد کمتر از مسئولیت ناشی از نقض باشد، تعهدش را ایفاء و زمانی که هزینه ایفاء تعهد بیش از مسئولیت او باشد تعهد را نقض خواهد کرد(کوتر،2010).

**2- ایفاء بهینه :**

برای شرح ایفاء بهینه باید گفت که گاهی ایفاء تعهد کارآمدتر از نقض تعهد است. و گاهی نقض آن کارآمد تر از ایفاء است . درواقع گاهی ممکن است عمل نکردن به قرارداد منافع بیشتری از عمل کردن به آن دارد.

**ث-اتکاء:**

توضیح دادیم که الزام­آور بودن قراردادها طرفین را قادر به همکاری می­کند که این امر نوعا" متضمن دو نوع رفتار است: یکی آن است که متعهد در ایفاء تعهد سرمایه گذاری می‌کند. دوم آنکه متعهدله با اتکاء به این تعهد سرمایه گذاری می کند. به طور کلی متعهد در ایفاء و متعهدله در اتکاء سرمایه گذاری می­کنند. سرمایه گذاری ممکن است به شکل پول، زمان، تلاش یا فرصت باشد اتکاء عبارت است از تغییر حاصل شده در موقعیت متعهدله بوسیله تعهد.

**د- هزینه مبادله**

1. **عقلانیت فردی:** فرد در صورتی عقلانیت ندارد که دیوانه یا به سن قانونی نرسیده باشد(پورمند،1387) در مروری بر اقتصاد خرد سه فرض را در خصوص انتخاب عقلانی توسط افراد مشخص کردیم.اول آنکه،یک تصمیم گیرنده عاقل،می تواند نتایج را به ترتیب از کمترین ترجیح تا بیشترین ترجیح،دسته بندی کند.برای طبقه بندی نتایج،تصمیم گیرنده می‌بایست ترجیحات پایداری داشته باشد.اگر ترجیحات فرد،ناپایدار یا نامنظم باشد،در آن صورت فاقد اهلیت است و نمی تواند قراردادی الزام آور منعقد کند.
2. **هزینه :**

در بسیاری از قراردادها،هزینه مبادله نسبت به مازاد حاصل از همکاری اندک می‌باشد.اما،در سایر موارد،زیاد می باشد.در واقع،گاهی هزینه مبادله نسبت به مازاد،آن قدر بزرگ است که مانع از همکاری می گردد.سه نوع مانع کارآئی(زمانی که هزینه مبادله مانع چانه زنی می شود)را متمایز خواهیم نمود(سرریزها،اطلاعات نامتقارن و انحصار).

**الف-سرریزها:**گاهی هزینه مبادله مانع از این می شود که افراد در مذاکراتی که بر آن ها تاثیر می گذارد شرکت کنند. مثلا"، اگر یک نیروگاه تولید برق از طریق فرآیندی آلوده کننده، مانند سوزاندن مازوت، به تولید برق بپردازد، در آن صورت تولید برق می تواند اثرات نامطلوبی بر دیگران بگذارد. اما، اگر این صنعت با یک فرآیند پاکیزه به تولید برق بپردازد(مانند سوزاندن گاز طبیعی)، در آن صورت تولید برق مستقیما" براشخاص اثرنخواهد داشت. بنابراین، قراردادی برای عرضه برق، بسته به اینکه برق به موجب یک فرآیند پاکیزه تولید می­شود یا آلوده کننده، می­تواند تاثیراتی بر اشخاص ثالث داشته باشد. هزینه­های خارجی سبب می­شود که نفع شخصی افراد متفاوت از کارائی اجتماعی گردد. این تفاوت با کارآئی اجتماعی، گسترده ای برای اقدام اصلاحی حقوقی ایجاد می کند. اگرچه قراردادها اغلب اثرات خارجی دارند، روش حقوقی جبران خسارت به ندرت شامل حقوق قراردادها است. در اغلب موارد، خواهان دعوای نقض قرارداد می بایست فردی باشد که تعهد به نفع او ایجاد شده(متهدله) یا فردی که حقوق متعهدله به او منتقل شده است(منتقل الیه). شخص ثالث، طبق تعریف، متعهدله یا منتقل الیه نمی­باشد. اشخاص ثالثی که ادعا می­کنند قرارداد به آن ها ضرر رسانده است، نمی­توانند به جز تحت شرایطی خاص، در حقوق قراردادها خسارتی دریافت کنند. حقوق قراردادها براساس این فرض پیش می­رود که سایر شعبات حقوق از شخص ثالث حمایت خواهند کرد. به جای اقامه دعوا برای جبران خسارت به موجب حقوق قراردادها، اشخاص ثالث معمولا" می­بایست به موجب حقوق شبه جرم، اموال، جرائم، یا مقررات به جستجوی جبران خسارت باشند. برای مثال، یک قرارداد خرید کالا از یک کارخانه آلوده کننده سبب آلودگی های بیشتر می­شود، اما متضرر از آلودگی نمی تواند به موجب حقوق قراردادها اقامه دعوا کند. در عوض، متضرر می­بایست به موجب قانون مربوط به مزاحمت یا مقررات محیط زیستی اقامه دعوا نماید. گاهی حقوق قراردادها با امتناع از اجرای قرارداد بین شخص اول و دوم، از اشخاص ثالث حمایت می کند. دادگاهها می توانند، زمانی که قرارداد از خط مشی عمومی عدول می نماید، از اجرای چنین قراردادی امتناع نمایند. مثلا"، شرکت ها اغلب متمایل به انعقاد قراردادهائی برای عدم رقابت با یکدیگر هستند. توافقات عدم رقابت، کارتل ها را قادر به استثمار خریداران از طریق تحمیل قیمت های انحصاری می نماید(تامس یولن،2009، 288).

**ب- اطلاعات نامتقارن:**گاهی یک طرف قرارداد یا تعداد بیشتری از طرف های قرارداد فاقد اطلاعات اساسی در مورد آن هستند. فقدان اطلاعات می تواند علت های مختلفی داشته باشد. گاهی افراد اطلاعات دروغین ارائه می دهند یا اینکه اطلاعات را مخفی نگه می دارند تا در چانه زنی به مزیتی دست یابند. گاهی افراد از انتقال اطلاعات به منظور صرفه­جویی در هزینه­های ارتباط خودداری می کنند. وقتی واقعیت­ها منتقل می­شوند، دریافت کننده ممکن است آن ها را درک نکند. به طور کلی، وقتی که هزینه تحصیل اطلاعات از منفعت مورد انتظار از آن فراتر می رود، عدم آگاهی، امری عقلانی است(تامس یولن،2009، 290).

**ج-انحصار**: برخی از صنایع در تولید محصول خاصی انحصار دارند، یعنی تنها تولیدکننده آن محصول هستند و یا چند شرکت محدود یک محصول خاص را تولید می­کنند و باهم برای گران­تر فروختن تبانی می­کنند، و این نوعی انحصار است و به دلیل نبودن رقابت در تولید محصول انحصار به وجود می­آید.

امام خمینی(ره) می­فرمایند:« از نظر شرعی نمی­توان دیگران را از تجارت و صنعتی که حلال است منع کرد و آن را به اشخاص منحصر نمود.»(تحریرالوسیله، ج2، 626).

البته بدیهی است که در برخی موارد مصلحت و ضرورت ایجاب می­کند که تولید، عرضه یا تقاضای کالایی در انحصار فرد یا گروه خاص و از جمله دولت اسلامی، قرار گیرد. مثلا تولید، توزیع و مصرف اسلحه، اوراق بهادار و... که روشن است نمی­توان بدون اشراف و نظارت و انحصار دولت اسلامی این اعمال اقتصادی صورت گیرد، که البته این رفتار، انحصار گرانه نمی­باشد.

**ج- قراردادها کامل باشند**

منطق اقتصادی تنظیم قرارداد شبیه منطق اقتصادی تنظیم بازار است. منطق اقتصادی تنظیم بازار در ابتدا به توصیف بازار رقابتی کامل(که نیازمند هیچ گونه تنظیمی نمی باشد)می پردازد سپس،راه هائی که بازارهای واقعی را از این ایده­آل دور می کند(نارسایی بازار)را توصیف می‌کند. این روش را در خصوص قراردادها به کار می گیریم. برای نظریه شکست بازار، تصور کنید که طرفین یک معامله موجل، یک قرارداد کامل طراحی می کنند. یک قرارداد کامل، تمام عیار است. تمامی پیشامدهای احتمالی پیش بینی شده است، ریسک مشترک به طریقی کارآمد بین طرفین تخصیص داده شده است، همه اطلاعات مربوطه مبادله شده است و هیچ اشتباهی در کار نیست. یک قرارداد کامل کارآمد هم می باشد. هر منبع به طرفی که برای آن ارزش بیشتری قائل است تخصیص داده شده است. هر ریسک به طرفی که می تواند با کمترین هزینه آن را متحمل شود اختصاص داده شده است و شروط قرارداد، احتمالات سودآوری متقابل(ناشی از همکاری بین طرفین) را به پایان[به اتمام] می­رسانند. اگر طرفین در خصوص انعقاد یک قرارداد کامل مذاکره کنند، در آن صورت قرارداد خلأ نخواهد داشت، تنها چیزی که طرفین یک قرارداد کامل از دولت می خواهند، اجرای توافقشان مطابق با شروط آن است.(تامس یولن،2009، 291).

جدول2-1عقلانیت،هزینه مبادله،و دکترین های تنظیمی حقوق قراردادها

|  |  |
| --- | --- |
| **فرض** | **در صورت نقض، دکترین قراردادی** |
| الف- عقلانیت فردی1- ترجیح پایدار و منظم2- انتخاب محدود شدهب- هزینه مبادله1- سرریزها2- اطلاعات3- انحصار | 1- عدم صلاحیت،عدم اهلیت2- اجبار،اکراه،اضطرار عدم امکان اجرای قرارداد1. عدم امکان اجرای قراردادهایی که از خط مشی عمومی یا وظیفه قانونی عدول می کنند
2. تقلب؛عدم افشاء؛انتفاء غرض؛اشتباه دو جانبه
3. اضطرار؛خلاف وجدان بودن یا غبن
 |

منبع: (کوتر، 2010، 200)

ملاحظه می شود حقوق قراداد اشخاص خصوصی را برای به دست آوردن پنج هدفی که تاکنون و در جدول2\_1 به صورت کلی بیان شده است راهنمائی می کند.

**چ)قراردارتباطی بلندمدت، کوتاه­مدت**

هنگامی که قراردادی بین دو طرف ایجاد می­شود با توجه به زمان لازم برای به نتیجه رسیدن موضوع قرارداد به کوتاه­مدت، بلندمدت وبعضا میان مدت نامیده می­شود.

یک قرارداد بر حسب زمان لازم برای به نتیجه رسیدن، حقوق و تکالیفی را برای طرفین قرارداد ایجاد می­نماید، که این زمان باید مشخص و معین باشد .

در قراردادهای تجاری که اغلب سال­ها ادامه می­یابند و در طول حیات این قراردادها ممکن است شرایط تغییر کند. طرفین می­بایست همراه با تعقیب منافعشان از طریق این ارتباط به شرایط در حال تغییر پاسخ دهند. همساز شدن با این تغییرات نیازمند یک فهم انعطاف پذیر می­باشد(رابرت کوتر،1389).

**د) قراردادهای تحمیلی**

بسیاری قراردادهای نوشته شده از شکل استاندارد استفاده می­نمایند، در واقع در این قراردادها اختیار کامل از یک طرف قرارداد توسط دیگری سلب می­شود.

برخی از شکل­های استاندارد به طرفین اجازه نمی­دهد که هیچ یک از شروط را تغییر دهد.

اصول کارایی قراردادها که از متن فوق به شکل یک جدول استخراج شده­اند و برای بررسی عقود اسلامی در فصل چهارم کاربرد خواهد داشت:

جدول2-2اصول کارایی قراردادها

|  |
| --- |
| **اصول کارایی قرارداد در نظریه اقتصادی حقوق قراردادها** |
| 1. اهلیت وصلاحیت طرفین قرارداد(اهلیت).
 |
| 1. تعهدات الزام­آور در قرارداد(همکاری والتزام).
 |
| 1. پیش­بینی چاره خسارت­ها در قرارداد(چاره خسارت).
 |
| 1. تناسب هزینه­ها و منافع اجرای قرارداد(هزینه مبادله).
 |
| 1. مشخص بودن مدت­زمان لازم برای اجرای قرارداد(مدت قرارداد).
 |
| 1. منصفانه بودن قرارداد برای طرفین
 |
| 1. عدم وجود اطلاعات نامتقارن (اطلاعات).
 |
| 1. تحمیلی نبودن و رضایت طرفین(انحصار).
 |
| 1. توانایی و قابلیت انجام تعهدات و اجرایی کردن قرارداد(اتکا).
 |

منبع: محقق

**2-1-3 شرحی مختصر از موارد بالا:**

* 1. اهلیت وصلاحیت طرفین قرارداد(اهلیت): برای انعقاد قرارداد طرفین باید عاقل، بالغ، عدم محجوریت قانونی داشته باشند، در صورت وجود چنین قراردادی لازم­الاجرا نمی­باشد.
	2. تعهدات الزام­آور در قرارداد(همکاری والتزام): این بند به تعهداتی می­پردازد که طرفین قرارداد برای اینکه نشان دهند پایبند به قرارداد هستند، یک تعهد الزام­آور برای اجرا کردن قرارداد بین خود ایجاد و در قرارداد به طور کامل ذکر می­کنند. مانند ضامن، وثیقه­، سفته، چک و ...
	3. پیش­بینی چاره خسارت­ها در قرارداد(چاره خسارت): در قراردادهای استاندارد خسارت‌هایی که ممکن است در هنگام اجرای قرارداد به وجود آید پیش­بینی شده و بین طرفین یا به یک طرف محول می­شود.
	4. تناسب هزینه­ها و منافع اجرای قرارداد(هزینه مبادله): در قرارداد باید منافع حاصل از نتیجه قرارداد از هزینه­های آن فزونی داشته باشد وگرنه عقلانی نیست.
	5. مشخص بودن مدت­زمان لازم برای اجرای قرارداد(مدت قرارداد): مدت زمانی که برای اجرای قرارداد تا به سرانجام رسیدن آن در نظر گرفته می­شود باید در متن قرارداد ذکر شود.
	6. منصفانه بودن قرارداد برای طرفین(انحصار): در قراردادها باید انصاف رعایت شود، اگر یک طرف با انحصاری که در اختیار دارد انصاف را نادیده بگیرد آن قرارداد دارای اشکال است.
	7. عدم وجود اطلاعات نامتقارن (اطلاعات): وجود اطلاعات نامتقارن موجب ناکارایی در اجرای قرارداد می­شود بنابراین طرفین باید اطلاعات خود را به یکدیگر انتقال دهند.
	8. تحمیلی نبودن و رضایت طرفین: یکی از مواردی که باید در قراردادها رعایت شود این است که نباید قرارداد توسط یکی از طرفین نوشته شود و طرف دیگر الزاما قبول کند، نباید طوری باشد که یک طرف چون چاره­ای جز این ندارد و آخرین راه­حل مشکل وی است مجبور به امضاء آن باشد.
	9. توانایی و قابلیت انجام تعهدات و اجرایی کردن قرارداد(اتکا): قراردادی که طرفین پایبند به اجرای آن می­شوند باید توانایی لازم برای اجرای آن را نیز داشته باشند و قابل اتکاء برای یکدیگر باشند.

**2-2قراردادها در اقتصاد اسلامی**

انسانها از دیر باز برای جلوگیری از هر گونه نزاع و اختلاف در امور اجتماعی و به خصوص در فعالیتهای اقتصادی ، به انعقاد قرارداد پرداخته اند .

در شریعت اسلامی بسیاری از این قراردادها تأیید یا تصحیح شده و پای بندی به آنها لازم شمرده شده است و در فقه اسلامی قراردادهای مشروع و قانونی بررسی شده است.

در این بخش به کلیات قراردادها و ویژگی­های آنها پرداخته شده است و کاربرد قراردادها با خصوصیات آنها تنها در بانکداری اسلامی مورد نظر نبوده است.

**2-2-1 اقسام قرارداد**

در یک دسته بندی کلی قراردادها به دو دسته تقسیم می شوند: 1.لازم 2.جایز

قرارداد لازم آن است که طرفین تا پایان دوره تعیین شده در قرارداد ملتزم به آن باقی بمانند و به جز با توافق دو طرف قابل فسخ نیست . ولی در قرارداد های جایز امکان فسخ قرارداد از سوی هر یک از طرفین وجود دارد .

قرارداداها از نظر لزوم و جواز به پنج حالت تصور می شوند:

1.قراردادهایی از سوی هر یک از دو طرف بدون رضایت طرف مقابل قابل برگشت نیست و لازمالاجراست،مانند بیع بدون شرط

2.قرارداداهایی که از سوی هر یک از دو طرف مقابل برگشت و انصراف است؛ مانند مضاربه و وکالت .

3.قرارداداهایی که از یک طرف قابل فسخ است . مانند رهن که فقط رهن گیرنده می‌تواند عین مرهونه را یک طرفه بازگشت دهد.

4.قراردادهایی که در آغاز قابل برگشت است ولی با گذشت زمان و به وجود آمدن شرایط خاص لازم الاجرا می شود؛مانند وصیت که قبل از فوت وصیت کننده قابل فسخ است ولی بعد از فوت وی ، وصی ملزم به اجرا و عمل به موارد وصیت شده است .

5.قرارداداهایی که در آغاز قابل برگشت و فسخ نمی­شوند ؛ ولی پس از مدتی در صورت عدم تحقق شرایط مذکور در قرارداد، قابل برگشت و فسخ می شوند. مانند بیع مشروط که ابتدا عقدی لازم است ولی با محقق شدن شرط قرارداد قابل فسخ می شود ، هر چند قرارداد بیع بر لزوم خود باقی است(پورمند و کرمی، 1387، 197).

**2-2-2 شرایط قرارداد**

قراردادهای شرعی دارای شرایط و خصوصیاتی در اصل قرارداد ، طرفین قرارداد ، متعلق قرارداد (آنچه به جهت آن قرارداد تنظیم شده است)و تعهدات پس از انعقاد قرارداد می باشند که برخی از شرایط در همه آن ها به طور مساوی باید تحقق یابد و در برخی شرایط خاص باید به وجود آید و بدون توجه به شرایط مذکور ، یا قرارداد باطل است و یا آثار حقوقی خاص بر آن مترتب می گردد که در این قسمت به توضیح هر کدام می پردازیم

**2-2-3 قرارداد (عقد)**

قرارداد یا عقد تعهدی است بین دو نفر که در آن به توافق رسیده اند . در فقه اسلامی علاوه بر توافق مذکور ، برای انعقاد قرارداد ، ایجاب و قبول لفظی شرط شده است . یعنی یکی از طرفین قرارداد که توسط قانون معین می شود ابتدا رضایت خود را نسبت به مفاد قرارداد ابراز می دارد سپس طرف دیگر آن را قبول می کند ، مثلا در قرارداد بیع(خرید و فروش) ابتدا فروشنده رضایت خود را نسبت به فروش کالای خود به قیمت مذکور اعلام می‌کند و خریدار بلافاصله رضایت و تعهد خود را نسبت به پرداخت کالا یا مبلغ تعیین شده با لفظ حاکی از قبول ابزار می دارد .

ایجاب و قبول ، چه به صورت لفضی یا عملی ، شرط انعقاد قراردادهاست و بدون آن ، از نظر حقوقی اثری بر قرارداد مترقب نمی گردد .

**2-2-4 موضوع قرارداد**

موضوع قراردادهای بازرگانی کالایی است که به موجب قرارداد به دیگری منتقل می‌گردد یا انجام دادن خدمتی است که به موجب آن برای دیگری تعهد می شود و باید دارای شرایط زیر باشد :

1.مالیت داشته باشد:یعنی در جریان مبادلات و داد و ستد مردم واقع شود و برای طرفین مبادله دارای ارزش مالی باشد . بنابراین اشیائی مانند هوا و نور خورشید و یا یک دانه گندم و... نمی تواند موضوع قرارداد بازرگانی قرار گیرد.

2.معلوم و معین باشد: بر اساس این شرط قراردادهایی که در آن مقدار و خصوصیات موضوع قرارداد معلوم نباشد یا بین چند کالای دیگر مردد باشد فاقد ارزش شرعی و باطل است . البته در قرارداد صلح شرط معلومیت مقدار دقیق کالا برداشته شده است ولی معین بودن کالا لازم است .

3.قابل دسترسی و تحویل باشد:قراردادهایی که طرف قراداد قادر به تحویل موضوع آن ها نیست ، یا به طور کلی قابل دسترسی نیست مانند قراداد فروش کالای مسروقه که اطلاعی از آن در دسترس نمی باشد ،یا فروش پرندگانی که از قفس پریده اند و فروشنده قادر به تحویل آن نمی باشد، ممنونع و باطل است .

4.نقل و انتقال آن ها ممنوع نشده باشد:انعقاد قرارداد در برخی از اشیاء به دلیل عارض شدن شرایط جدید ممنوع است؛برای مثال در مورد ملکی که در گرو و رهن دیگری است ، مالک اصلی بدون اجازه از گرو گیرنده، نمی تواند قرارداد جدیدی منعقد کند .

5.شرایط اختصاصی برخی از قراردادها : برخی از قراردادها علاوه بر شرایط مذکور باید شرایط ویژه ای داشته باشنمد ؛مانند قرارداد مضاربه یا بیع سلف و... که در قسمت انواع قراردادهای بازرگانی به آن اشاره خواهیم کرد. (پورمند و کرمی، 1387، 201).

**2-2-5 تعهدات طرفین قرارداد**

1. زیان بار بودن موضوع قرارداد (خیار غبن): در صورتی که طرف قرارداد احساس کند که مغبون شده است و در هنگام توافق و انعقاد قرارداد به صورتی زیان دیده، به او این اختیار داده شده است که با ادعای خیار غبن قرارداد را فسخ کند یا شرایط قرارداد را تغییر دهد.
2. معیوب بودن موضوع قرارداد
3. تخلف از شرایط مندرج در قرارداد (خیار تخلف شرط)

**2-2-6 انواع قراردادها:**

**2-2-6-1 بیع(لازم)**

بيع از جمله مهم ترين قراردادهايي است كه تسهيل كننده روابط اقتصادي و اعتباري است. بخش عمده اي از تسهيلات اعتباري مي تواند در قالب بيع نسيه يا فروش اقساطي اعطا شود.

بیع« عقد بیع عقدی است که به موجب آن هر یک از فروشنده و خریدار، مال خود را در عوض مال طرف مقابل، به وی تملیک می­کند.»(موسویان، 1386، 207).

امام خمینی(ره) به تعریف مصباح­المنیر تمایل پیدا کرده، یعنی بیع مبادله مال به مال است یعنی بیع مبادله مالی به مال دیگر است(امام خمینی، 1379، 68).

**شرایط در عقد بیع**

**الف: عین بودن مبیع**

امام خمینی از صاحب جواهر در این مورد بیان می­کند که«هیچ اشکال و خلافی نیست در این­که معتبر است مبیع عین باشد، پس شامل منافع و حقوق نمی­شود.»(موسویان، 1386، 210).

**ب:تعیین عوضین از جهت مقدار**

برای هر معامله از یک نوع واحد و یا اعداد برای سنجش میزان استفاده می­شود. در شریعت اسلامی نیز باید مورد معامله معیارهای متناسب خود را داشته باشد.

یعنی اگر از کالاهای وزنی باشد وزن مشخص، اگر پیمانه­ای پیمانه مشخص، اگر متری است متراژ معلوم و اگر عددی است عدد معلوم و معین داشته باشد(امام خمینی، 1416، 473).

**پ: مشخص بودن جنس و وصف عوضین**

عوضین بایستی از جهت جنس و اوصاف موثر در قیمت و رغبت متعاملین، مشخص باشند، و این از طریق مشاهده و توصیف صاحب کالا حاصل می­شود. البته در اشیایی که به سرعت تغییر نمی­کنند، مشاهده قبلی نیز کفایت می­کند(امام خمینی، 1416، 474).

**ت: ملک طلق بودن عوضین**

عوضین بایستی متعلق به متعاقدین باشند. بنابراین نمی­توان اموال عمومی، مشترک و اموالی را که برای جهات خاصی هستند معامله کرد. (امام خمینی، 1416، 475).

**ث: قدرت بر** تسلیم **عوضین**

یکی از شرایط صحت معامله این است که متعاملین نسبت به آنچه که معامله می­کنند قدرت بر تسلیم داشته باشند. به همین سبب فروش پرنده رها یا ماهی که در آب آزاد رها شده یا حیوانی که فرار کرده را جایز نمی­دانند(امام خمینی، تحريرالوسيله، 1416، 475).

**ج: ایجاب و قبول طرفین**

قرارداد بیع به ایجاب و قبول نیاز دارد، و با هر لفظی که مقصود را برساند انشاء می­شود؛ در ایجاب گفته شود فروختم یا تملیک کردم و مانند آن و در قبول گفته شود خریدم یا قبول کردم(امام خمینی، تحریرالوسیله، 463).

**2-2-6-2 انواع بيع**

در فقه اسلامي بيع يا خريد و فروش به اقسام زير تقسيم مي شود:

1. بيع نقد:كالا و قيمت آن به صورت نقد مبادله مي شود.
2. بيع نسيه:كالا نقدا تحويل و قيمت آن بعد از مدتي(يكجا و اقساطي) پرداخت مي‌شود..بيع نسبه يا فروش اقساطي منظور ازفروش اقساطيعبارت است از: واگذاري عينبه بهاي معـلوم به غير، به ترتيبي كه تمام يا قسمتي از بهاي مزبور به اقساط مساوييا غير مساوي در سررسيد يا سررسيدهاي معين دريافت گردد.
3. بيع سلم يا سلف:در اين قرارداد ثمن يا بهاي كالا نقدا پرداخت مي شود و كالا در زماني بعد تحويل مي گردد.
4. بيع كالي به كالي:قراردادي است كه مثمن يا مبيع وثمن در ذمه است و هر دو مدت دار مي باشند.

دو قسم بيع نسيه و بيع سلم از جمله ابزارهايي است كه در بانكداري بدون ربا براي تخصيص منابع از آن استفاده مي شود(کرمی و پورمند، 1387، 224).

بانك اسلامي،كالاهاي مورد نياز مشتريان را مي خرد و به صورت اقساط با اخذ تضمين هاي كافي به آنها مي فروشد.سود ناشي از تفاوت قيمت خريد و فروش مربوط به صاحبان پس انداز است و بانك نيز در اين ميان حق الوكاله خود را دريافت مي دارد. البته بانك موظف است شرعا" نحوه خريد خود را (نقد يا نسيه) به اطلاع طرف قرارداد برساند.بيع نسبه در مورد فروش اقساطي مسكن،كالاهاي اساسي ماشين آلات،كالاهاي مصرفي،مواد خام و... كاربرد دارد.اين بيع در مقايسه با بيع سلم در ميان بانك هاي اسلامي و بانكداري ايران كاربرد بيش‌تري دارد و عملا از آن استفاد بيش تري مي شود.

**بيع دين**

خريد و فروشين دين از جمله اقسام بيع است كه مي تواند كاربرد وسيعي در تخصيص منابع بانكي داشته باشد.دارائي مورد مبادله گاهي وجود فيزيكي در خارج دارد،مانند كالاهاي ملموس و گاهي وجود فيزيكي در خارج ندارد،مانند كلي در ذمه،دين يا بدهي و حقوق مالي مانند حق اختراع،سرقفلي و غيره.

دين در اصطلاح فقهي مفهوم عامي دارد كه شامل بدهي ناشي از قرض گرفتن و بدهي ناشي از انجام دادن ساير معاملات مانند اجاره،سلف،بيع نسيه و .... كه منجر به بدهكاري يكي از طرفين گردد،مي باشد(کرمی و پورمند، 1387، 224).

**بیع نقدی**

در اصطلاح فقهی به قراردادهایی که در آن از الفاظ ایجاب و قبول استفاده می شود و هر یک از فروشنده و خریدار ، موافقت خود را به صورت کتبی یا شفاهی اعلام و ابراز می دارند بیع عقدی گویند و به مبادلاتی که به صورت عملی و بدون ایجاب و قبول لفظی صورت گیرد بیع معاطات گویند.اگر در قراردادبیع سخنی از زمان پرداخت قیمت کالا توسط خریدار به میان نیاید معامله در حکم بیع نقد است و فروشنده پس از انعقاد قرارداد می تواند قیمت توافق شده را مطالبه کند . بنابراین در بیع نقدی کالای مورد مبادله و بهای آن ، در زمان انعقاد قرارداد به طرف مقابل تحویل میگردد.

**بیع نسیه**

بجز در مو­ارد محدودی مانند مبادلات نسیه طلا به طلا و نقره به نقره خرید و فروش نسیه در فقه متون اسلامی تجویز شده است تا خریدار فرصت بیشتری برای پرداخت قیمت کالاهای خریداری شده داشته باشد .برخی درباره اضافه قیمتی که معمولا" در معاملات نسیه نسبت به معاملات نقدی دریافت می گردد، از آن جهت که شکل معاملات نسیه را هم مانند معاملات ربوی می سازد بحث کرده اند(کرمی و پورمند، 1387، 93).

در بیع نسیه رعایت چند نکته ضروری است.

1. زمان پرداخت ثمن باید معین و مضبوط باشد به طوری که احتمال زیاده و کم در آن راه پیدا نکند؛ وگرنه معامله باطل خواهد بود(امام خمینی، تحریرالوسیله، 491).
2. وقتی زمان پرداخت فرا می­رسد، افزودن بر مبلغ بدهی برای تمدید مدت جایز نیست، اما عکس آن جایز است و آن این­که به صورت صلح یا ابراء، کم کردن مقداری از ثمن، سررسید را جلوتر بیندازد(همان،492).
3. اگر چیزی را نسیه بفروشد، خرید آن شی از او قبل از سررسید ثمن و بعد از آن صحیح است؛ چه ثمن اول باشد یا نه، و چه فروش دوم نقد باشد یا نسیه. البته همه این­ها آنگاه صحیح است که بیع دوم در بیع اول شرط نشده باشد. بنابراین اگر بایع در فروش اول بر مشتری شرط کند که بعد از فروش، آن را از خریدار بخرد، بنا بر احتیاط صحیح نیست و اگر این برای فرار از ربا باشد، مطلقا جایز نیست( همان، 492).

در متون فقهی شیعه با توجه به شرایط و احکام مربوط ، این افزایش در قیمت که به صورت پول یا کالا و یا ارائه خدمات دریافت می شود جایز و صحیح شمرده شده است.

1. هزینه فرصت
2. امساک از مصرف
3. ارجحیت زمانی

**بیع سلف**

بیع سلف عکس بیع نسیه است و در آن قیمت کالا نقدا و قبل از تحویل جنس پرداخت می گردد تا در زمان معینی کالای مورد نظر تحویل خریدار شود و در حقیقت پیش فروش کالاهایی است که بعد تولید می شود. در بیع سلف موارد زیر باید رعایت شود:

1. جنس و اوصاف مبیع باید به گونه­ای توصیف شود که جهالت برطرف شود.
2. مقدار مبیع از جهت وزن، پیمانه، عدد یا هر معیار معتبر دیگر معین باشد.
3. سررسید تحویل مبیع مشخص و مضبوط باشد و قراردادن سررسیدهایی چون وقت درو باطل است.
4. مشتری قبل از ترک مجلس کل ثمن را بپردازد وگرنه معامله نسبت به ثمن باقی­مانده باطل است.
5. اگر معامله انصراف به مکان خاصی برای تحویل ندارد، بایستی بنابر احتیاط مکان تحویل مبیع را معین کنند.
6. اگر چیزی را به سلف خریده باشد، قبل از سررسید، نمی­تواند بفروشد؛ نه به خود فروشنده، نه به غیر او، به جنس ثمن اول باشد یا غیر آن، مساوی ثمن اول باشد یا غیر مساوی، بعد از سررسید فروش آن مجاز است چه آن را تحویل گرفته باشد یا نه؛ به بایع بفروشد یا غیر او، به جنس ثمن اول باشد یا غیر آن، مساوی ثمن اول باشد یا نباشد، مادامی که مستلزم ربای معاملی نشود(همان، 500).
7. وقتی مدت فرا رسد و بایع به دلایلی چون نبودن کالا به خاطر آفت، کمیابی در مکان تحویل و عدم دسترسی به مکان­های دیگر و مانند آن نتواتد مبیع را تحویل دهد، خریدار مخیر است که معامله را فسخ کرده ، ثمن را پس بگیرد یا منتظر باشد تا بایع متمکن از پرداخت شود. البته خریدار نمی­تواند بایع را ملزم به پرداخت کالا در روز سررسید نماید(امام خمینی، تحریرالوسیله، 500).

از این قرارداد بر خلاف قرارداد بیع نسیه ، تولیدکنندگان بیشتر بهره می گیرند ؛ زیرا یکی از بهترین شیوه های تأمین سرمایه ی تولیدی است که به جای دریافت تهسیلات ربوی ، تولید کنندگان می توانند بخشی از سرمایه ی مورد نیاز را از خریدار ، قبل از تولید کامل دریافت دارد و در واقع علاوه بر تأمین سرمایه ، اطمینان کاملی به بازار فروش برای کالایش به دست آورد. از طرف دیگر بازرگانان نیز با برنامه ریزی های مناسب ، سرمایه ی خود را صرف خرید کالاهایی می کنند که پس از تولید از بازار فروش مناسبی برخوردار است و احتمال کمبود یا احتکار آن با این شیوه محدود می گردد. (کرمی و پورمند، 1387، 96).

**بیع کالی به کالی**

نوع دیگری از قرارداد بیع به نام بیع کالی به کالی نیز در فقه اسلامی مطرح شده است که از نظر شرعی ممنوع و حرام است . این قرارداد به دو صورت منعقد می گردد

1.کالای تولید نشده به صورت نسیه (غیر نقد) مبادله شود.

2.طلبی را که هنوز زمان پرداخت آن نرسیده است در برابر بدهی که در زمان آینده باید پرداخت شود قرار دهند (بیع دین به دین) این بیع به نظر مشهور و حضرت امام باطل است(موسویان، 1386، 215).

هر دو صورت این قرارداد باطل است و در روایات از این قراردادها نهی شده است.

**2-2-6-2مضاربه (جایز)**

مضاربه ازجمله قراردادهایی است که فقط در امور بازرگانی از آن استفاده می شود. در این قرارداد یک یا چند نفر سرمایه ای را در اختیار دیگری قرار می دهند تا او با آن به تجارت بپردازد و سود حاصل با درصدی که توافق می کنند ، بین آنها تقسیم شود . در نظام اقتصادی اسلام مضاربه یکی از بهترین راههای تأمین سرمایه ی بازرگانی به شمار می آید و در روایات پیشوایان دینی به آن توصیه و تأکید شده است ، ولی برای بهره گیری مناسب از آن توجه به نکات زیر لازم است :

1.مضاربه فقط در امور بازرگانی بکار می رود و برای فعالیت های تولیدی و صنعتی از قراردادهای دیگر باید استفاده نمود که به آن اشاره خواهیم کرد.

2. مضاربه دارای دو رکن است:صاحب سرمایه و عامل .از این رو سرمایه صاحب سرمایه باید برای سرمایه گذاری و خرید و فروش کافی باشد و عامل نیز توانایی به کارگیری آن را داشته باشد. در غیر این صورت مضاربه باطل است(موسویان،1376، 239)(کرمی و پورمند، 1387، 97).

3.بر اساس قرارداد مضاربه به طرفین در سود حاصل با یکدیگر شریک اند ؛ ولی ضرر و زیان به عهده صاحب سرمایه است . و عامل در صورتی که تفریطی نداشته باشد در مواجه با زیان تنها از حق الزحمه مدت زمانی که در این زمینه فعالیت کرده است محروم می گردد.

4.قرارداد مضاربه از زمان تحویل سرمایه به عامل شروع می شود در فقه اسلامی پول و هر چیز دیگری که سرمایه به حساب آید می تواند به عنوان سرمایه مضاربه استفاده شود .

5.هزینه های اجرایی عملیات بازرگانی مانند نیروی انسانی ، حمل و نقل مالیات انبارداری و ... از سرمایه برداشت می شود.

6. اگر کسی مال دیگری را به مضاربه بگذارد، مضاربه فضولی بوده و صحت آن منوط به اجازه مالک اصلی می­باشد(امام خمینی، 1415، 561).

6. مضاربه عقدی است جایز. بنابراین طرفین قرارداد می توانند یک طرفه قرارداد را فسخ کنند و با فوت یک طرف، قرارداد فسخ می گردد و ورثه او تعهدی نسبت به آن ندارند.

7.سرمایه در قرارداد مضاربه به رسم امانت به عامل سپرده می شود . از این رو عامل، مالک سرمایه نمی شود و به امانت از سرمایه استفاده می کند . امانت بودن سرمایه آثار حقوقی فراوانی دارد از جمله این که سود در مضاربه –برخلاف قرض-مشروع و غیر ربوی است و از سوی دیگر، در صورت بروز اتفاق و صدمه دیدن سرمایه ، چنانچه عامل کوتاهی نکرده باشد ضامن نیست.

8.سود در قراداد مضاربه برای صاحب سرمایه و عامل به صورت قطعی تعیین نمی شود . و پس از پایان قرارداد هر کدام سهم خود را از سود ، مطابق نسبتی که در قرارداد تعیین شده است ، تحویل می گیرد. (کرمی و پورمند، 1387، 97).

9. اگر ضمن عقد مضاربه شرط لزوم کنند، شرط باطل اما مضاربه صحیح است

(امام خمینی، تحریرالوسیله،267).

10. اگر مالک شرط کند که تمام یا قسمتی از زیان معامله بر عهده عامل باشد شرط باطل است اما مضاربه صحیح می­باشد(موسویان،1376، 240،بند 5).

11. عامل نمی­تواند بدون اجازه مالک، سرمایه را با مال خود یا دیگری مخلوط کند، والا ضامن هرنوع ضرر است؛ اما اگر سود کردند به نسبت مقدار سرمایه هریک، بین آن­ها تقسیم می­شود(امام خمینی، تحریراوسیله،1416، 562).

12. اگر برای عقد مضاربه مدت تعیین کنند سبب لزوم عقد مضاربه نمی­شود، فقط عامل بعد از مدت مذکور نمی­تواند بدون اذن جدید مالک در مال تصرف کند(امام خمینی، 1415، 341).

**2-2-6-3 قرارداد قرض(لازم)**

در حقوق اسلامي قرض،عقدي است كه به موجب آن يكي از طرفين عقد(قرض‌دهنده)،مقدار معيني از مال خود را به طرف ديگر(قرض گيرنده) تمليك مي كند تا او مثل و در صورت عدم امكان،قيمت آن را به قرض دهنده بازگرداند.

**ويژگي هاي عقد قرض**

1. قرض از عقود تمليكي است؛يعني در قرض،كالا يا پولي كه به عنوان قرض تحويل داده مي شود به ملكيت قرض گيرنده در مي آيد و ديگر هيچ رابطه و پيوندي با قرض دهنده ندارد.از اين رو قرض دهنده تنها مالك ذمه قرض گيرنده است.
2. آثار حقوقي مالكيت،مانند عايدات،سود و زيان در سال مورد نظر،مربوط به قرض گيرنده است و ربطي به قرض دهنده ندارد.از اين رو بسياري از محققان يكي از علل حرمت رباي قرضي را در همين نكته مي دانند.
3. قرض از عقود معاوضي است؛يعني مثل يا قيمت آنچه قرض گرفته شده بر عهده قرض گيرنده است و مانند هبه مجاني نيست.
4. قراداد قرض به ایجاب وقبول نیاز دارد، مثل این­که قرض ­دهنده بگوید: این مال را به تو قرض دادم و قرض گیرنده بگوید: قبول کردم و یا هر لفظ دیگری کهبیانگر این دو معنا باشد(موسویان،1386،191).
5. قرض دادن به مومن مصداق روشن احسان و عمل نیک است و ثواب دارد. پیامبر اکرم(ص) می­فرماید: هرکس به برادر مسلمانش قرض دهد، به ازای هر درهم آن، به وزن کوه‌های احد، حراء، ثبیر، رضوی و طور سینا، حسنات در ترازوی اعمال وی نهاده می­شود و اگر پس از فرا رسیدن مهلت با او مدارا کند، از پل صراط بدون رسیدگی به حساب چون برق سریع و درخشنده می­گذرد و هیچ عذابی نمی­­بیند و هر کس که برادر مسلمانش از وی یاری بطلبد، اما به او قرض ندهد، هنگامی که پروردگار نیکان را پاداش می­دهد، بهشت را بر او حرام می­سازد(شیخ حر عاملی، وسائل شیعه، ج18، 331).

**قرض الحسنه**

اين واژه در قرآن به معناي انفاق در راه خداست و به معناي عمل حقوقي قرض دادن به ديگران نيست،ولي در فرهنگ اسلامي از آن جا كه نبايد از مال قرض داده شده سودي دريافت گردد،عقد قرض كاربرد غير انتفاعي يافته است و در رفع مشكلات و حوايج برادارن ديني از آن استفاده مي شود. (کرمی و پورمند، 1387، 99).

**2-2-6-4 جعاله (جایز)**

یکی دیگر از قرارداد های بازرگانی که در امور تولیدی و صنعتی نیز کاربرد دارد جعاله است . جعاله عبارت است از متعهد شدن شخص (حقیقی یا حقوقی) به پرداخت دستمزد معلوم در برابر انجام دادن عملی معین قرارداد جعاله نیز دارای دو رکن است: جاعل و عامل، جاعل کسی است که ملزم به پرداخت حق الزحمه (جعل) است و عامل اجرا کننده مورد قرارداد است.

قرارداد جعاله هر چند اختصاص به امور بازرگانی ندارد و در امور بازرگان کم­تر استفاده می شود ، به جهت قابلیت های زیادی که در آن وجود دارد می تواند کاربرد زیادی در امور اقتصادی داشته باشد،از جمله:

1. قرارداد جعاله به دو صورت عام و خاص منعقد می شود(موسویان، 1386، 226).

در همه قراردادهای اقتصادی طرفین قرارداد کاملا معلوم و مشخص اند ولی در«جعاله عام» ممکن است عامل،معین نباشد؛ برای مثال جاعل یا کارفرما به صورت عمومی اعلام می‌کند: هر کس این کالا را برای من به فلان قیمت بفروشد یا وسیله نقلیه گمشده مرا پیدا کند و ... مبلغ معینی به او پرداخت می گردد.پس از اعلام کارفرما هرکس خواسته او را عملی ساخت می تواند از پاداش(جعل)مذکور برخوردار شود.

نوع دیگر قرارداد جعاله به صورت خصوصی بین کارفرمای مشخص و عامل معینی منعقد می شود که به آن«جعاله خاص» می گویند.

2. جعل(پاداش)می تواند به صورت قطعی شناور،یا درصدی از سرمایه و ... تعیین شود.در قرارداد جعاله دایره وسیع تری فرا روی کارفرما و عامل باز می گردد؛زیرا عامل می‌تواند در سرمایه شریک شود یا درصدی از سود سرمایه را به خود اختصاص دهد،برای مثال براساس جعاله صاحب سرمایه می تواند با فرد خاص یا افراد متعدد،بر این توافق کنند که در صورت تحقق مقصود او،عامل به مدت معینی در سود حاصل سهیم باشد.برای نمونه سرمایه ای را در اختیار عامل بگذارد تا کارخانه تولیدی تاسیس و تولیدی را سامان دهی کند و در ازای اقدامات،عامل به مدت 10 سال 50% از سود کارخانه سهم ببرد.

3.جعاله را از ایقاعات دانسته اند.لذا تعهد کارفرما رکن اصلی این پیمان است و طرف مقابل تعهدی نسبت به انجام کار ندارد،ولی در صورت انجام می تواند جعل (پاداش ) را درخواست کند. (کرمی و پورمند، 1387، 98).

4. این قرارداد در روابط اقتصادی که میزان کار در آن ها معلوم نیست کاربرد بیش تری دارد؛زیرا کارفرما کار مورد نظر را بدون توجه به خصوصیات و توانایی های عامل درخواست می کند و افراد با توانایی بالاتر ممکن است در زمان کم تری آن را انجام دهند؛برخلاف قرارداد اجاره که در نیروی انسانی معمولا ساعات مشخص و مقدار کار معینی در قرارداد ذکر می گردد.

5.قرارداد جعاله از قراردادهای جایز است و از سوی طرفین(جاعل و عامل) قابل فسخ است ولی در صورتی که عاملی انجام عمل را به عهده بگیرد اگر رها کردن او به ضرر و زیان صاحب سرمایه (جاعل)بینجامد طبق قاعده لاضرر باید ضرر و زیان او را جبران کند.

(کرمی و پورمند، 1387، 98).

**2-2-6-5 شرکت (جایز)**

یکی از اقسام قراراداد شرکت است، شرکت عقدی است که عبارت است از بستن قرارداد برای به کاراندازی سرمایه مشترک در فعالیت اقتصادی(کرمی و پورمند،1387).

شرکت عبارت است از این­که یک چیز برای دو نفر یا بیشتر باشد، و آن یا در عین است یا دین،یا منفعت، یا حق(امام خمینی، 1415، 572).

شرکت عقدی(قراردادی) از زمره قراردادهایی است که در امور بازرگانی و تولیدی کاربرد زیادی دارد و معمولا سرمایه گذاری های بزرگ از عهده یک نفر و با سرمایه شخصی ساخته نیست و در موقعیتی که تسهیلات ربوی نیز ممنوع و مورد پذیرش نیست یکی از راه های مناسب برای تشکیل سرمایه و سرمایه گذاری در تولید یا توزیع(بازرگانی)انعقاد قرارداد شرکت است (کرمی و پورمند، 1387، 100).

**امتیازات شرکت**

1. همه شرکا در سود و زیان با یکدیگر شریک اند و برخلاف عقد مضاربه زیان تنها متوجه صاحب سرمایه نیست.

2. قرارداد شرکت جایز است و در صورت مقرون به صرفه نبودن یا احساس نیاز به سرمایه،قابل فسخ است.

3. سرمایه به صورت مشاع به کار گرفته می شود و سود حاصل بین شرکا به میزان سهم هریک از سرمایه تقسیم می گردد.

4. ارکان اساسی این قرارداد سرمایه و اعضا می باشند و لازم نیست شرکا خود به کار یا مدیریت بپردازند ولی در صورت اقدام به امور مذکور،می توانند در اصل قرارداد اجرت یا افزایش سهم سود برای خودشان در نظر بگیرند. (کرمی و پورمند، 1387، 100).

5. حق تصرف در مال­الشرکه طبق توافق قرارداد شرکت خواهد بود. اگر در قرارداد این حق به یکی از شرکاء داده شود تنها او مجاز در تصرف خواهد بود و دامنه تصرفات او نیز در حد توافق است(موسویان، 1386، 234).

6. اگر ضمن عقد شرط کنند ضرر احتمالی را یک یا چند نفر از شرکا جبران کنند، مانع ندارد. بنابراین برای جلب اطمینان اعضای شرکت، یک یا چند نفر از آن­ها که اطلاعات و تجربه کافی دارند می­توانند ضرر احتمالی را تا مدت معینی یا مطلقا برعهده بگیرند؛ به عبارت دیگر سرمایه سایر شرکا را تضمین نمایند(امام خمینی، استفتائات جدید، ج2، 251).

7. با تقسیم شرکت، شرکت منحل می­شود. از آنجا که شرکت عقد جایز است، هر یک از شرکا می­تواند قرارداد را فسخ و تقاضای تقسیم کند. ولی در صورتی که تقسیم باعث ضرر مالی سایرین شود، در این صورت باید سهم او را خریداری کنند یا به کسی بفروشند

(امام خمینی، استفتائات جدید، ج2، 579).

**شرکت های باطل**

در فقه اسلامی سه نوع شرکت هر چند با توافق شرکاء صورت گیرد باطل شمرده شده است:

شرکت مفاوضه؛شرکت ابدان یا اعمال؛شرکت وجوه.

1. **شرکت مفاوضه:**در این نوع از شرکت دو نفر یا بیش تر پیمان می بندند که در کلیه درآمدها و خسارت ها، اعم از اقتصادی یا غیر اقتصادی،با یکدیگر شریک باشند؛هرچند هیچ گونه مال یا کار مشترکی بین آنها وجود نداشته باشد.

**2.شرکت ابدان یا اعمال:**در این نوع از شرکت هر یک از شرکا فعالیت اقتصادی جداگانه و مشخصی را دنبال می کند ولی با یکدیگر پیمان می بندند که در درآمدهای حاصل از فعالیت های اقتصادی معین شریک باشند.

**3.شرکت وجوه:**در این قرارداد هر یک از شرکا بر اساس پیمانی که می بندند از اعتبار خود در بازار بهره می گیرد و به خرید و فروش و ... می پردازند و سپس در سود حاصل با یکدیگر شریک می شوند. (کرمی و پورمند، 1387، 100).

**2-2-6-7 اجاره**

عقدی است که به موجب آن مستاجر در برابر مالی که به موجر می­پردازد، برای مدت معین، مالک منافع عین مستاجره می­شود(تحریرالوسیله، 1415، 524).

اجاره عبارت از انتقال(به ملکیت در آوردن) منفعت کالا یا بازدهی نیروی انسانی به دیگری است(کرمی و پورمند، 1387، 101).

بازرگانان برای انتقال کالا و خدمات و توزیع،نگهداری و آماده سازی ،بازاریابی و آن ها... معمولا با انعقاد قرارداد اجاره از نیروی کار دیگران استفاده می کنند.

**شرایط اجاره**

در قرارداد اجاره شرایط زیر باید رعایت شود:

1. خصوصیات موضوع اجاره کاملا معلوم و معین باشد و زمان اجاره دقیقا" در قرارداد قید گردد.

2. موجر قدرت تحویل موضوع اجاره به مستاجر را دارا باشد(کرمی و پورمند، 1387، 101).

3. موضوع آن قابلیت برای اجاره دادن داشته باشد؛یعنی بادوام باشد و با بهره برداری مستاجر،عین مورد اجاره،از بین نرود.بنابراین مواد خوراکی و کالاهایی که با مصرف از بین می‌روند قابل اجاره دادن نیست. بنابراین اجاره نان و امثال آن برای خوردن صحیح نیست. ثانیا" منفعت مورد اجاره مشروع باشد،لذا اجاره مکان برای قمارخانه باطل است(موسویان، 1386، 218).

4.موجر باید یا مالک مورد اجاره باشد یا حق اجاره دادن آن را داشته باشد.

5.ممنوعیت قانونی برای اجاره آن وجود نداشته باشد.

6. منفعتی که اجاره داده می­شود باید مشروع و قانونی باشد، پس اجاره دادن مغازه برای مشروب فروشی باطل است(امام خمینی،1415).

7. اگر موجر، عین مستاجره را به مستاجر تحویل داد، اما مستاجر پس از تحویل از منافع آن استفاده نکرده باشد باید اجرت مقرره را بپردازد. همچنین در اجاره اشخاص، وقتی اجیر آماده به کار شد، اما مستاجر از او استفاده نکرد و مدت اجاره تمام شد، باید مزد اجاره را بپردازد(امام خمینی، تحریرالوسیله، 1416،531).

8. موجر نمی­تواند در مدت اجاره در عین مستاجره تغییری صورت دهد که منافی با مقصود مستاجر باشد(ماده 487 ق.م). در صورت تغییر باید پاسخگو باشد.

9. مستاجر باید اجاره بها را در زمان­هایی که بین طرفین مقرر گردیده تادیه کند و در صورت عدم تعیین زمان، نقدا بپردازد(ماده 484ق.م).

10. اگر در اجاره شرط شود که مستاجر حتی بدون تعدی و تفریط، ضامن هر نوع عیب و نقص وارده به عین مستاجره باشد، طبق قول مشهور، شرط فوق باطل است اما اجاره صحیح می­باشد(عروة­الوثقی، ج 5،61).

موضوع اجراه را میتوان به سه دسته تقسیم کرد:

1.سرمایه مستقلاتی،مانند اجاره مسکن و زمین؛

2.سرمایه های تولیدی،مانند اجاره ماشین آلات تولیدی؛

3.خدمات،مانند اجاره نیروی انسانی.

دسته سوم،یعنی اجاره نیروی انسانی،قلمرو گسترده ای در روابط اجتماعی دارد و با توجه به کمالات انسانی و اختیار او، در تنظیم ضوابط و مقررات باید شان انسانی و منزلت او را در نظر گرفت.

**اجاره به شرط تمليك**

اجاره به شرط تمليك،عقد اجاره اي است كه در آن شرط مي شود مستاجر در پايان مدت اجاره و در صورت عمل به شرايط مندرج در قرارداد،عين مورد اجاره را مالك گردد.

در كشورهاي مختلف از اين قرارداد براي تامين مالي استفاده مي شود.اجراي اين قرارداد متضمن سه مرحله است:

1. بانك سرمايه مورد نياز مشتري را خريداري مي كند.
2. اين سرمايه را به مدت مثلا ده سال به مشتري اجاره مي دهد.
3. پس از پايان مدت اجاره منزل را به مالكيت مستاجر در مي­آورد.

بانك اجاره­بها را بر حسب قيمت خريد منزل و سود مورد نظر خود،تعيين مي كند.طبيعي است در اين قرارداد اگر مشتري به تعهدات خود عمل نكند سرمايه در مالكيت بانك باقي است،و لذا در اين مورد تضمين صد در صد سرمايه براي بانك وجود دارد.ولي متقابلا اگر در اين مدت سرمايه تلف شود خسارت بر عهده مالك (بانك) است. زيرا از نظر فقهي مستاجر در نقش امين است و او ضامن تلف شدن مورد اجاره نيست؛مگر در صورت تفريط يا تعدي(کرمی و پورمند، 1387، 101).

**احکام انحلال اجاره**

عقد اجاره به یکی از دلایل زیر، منحل می­گردد:

الف: تلف شدن عین مستاجره

ب: خارج شدن عین مستاجره از قابلیت انتفاع

ج: فقدان یکی از شرایط اساسی اجاره

د: فسخ اجاره به دلیل یکی از خیارات

ه: پایان مدت اجاره

**2-2-6-8 مزارعه**

مزارعه قراردادی است که صاحب زمین کشاورزی با کشاورزان می بندند تا محصول با نسبتی که با یکدیگر توافق کرده اند بین آن ها تقسیم شود. (کرمی و پورمند، 1387، 102).

در عقد مزارعه، کسی که مالک زمین است را مزارع و آن­که عمل زراعت را انجام می­دهد را عامل یا زارع می­گویند(موسویان، 1386، 241).

در این قرارداد کشاورزان حق الزحمه(اجرت) دریافت نمی­دارد، بلکه در نسبتی از سود سهیم می شود و شرکت در سود می تواند انگیزه بیش تری برای کار و فعالیت و ابتکار عمل آنان باشد.

**خصوصیات مزرعه**

1. مزارعه ممکن است به صورت جمعی(گروهی) نیز انجام پذیرد و کشاورزان متعدد در زمینی که مالکین متعدد دارد مشغول به کار شوند و از مزایای قرارداد مزرعه استفاده کنند.
2. کشاورز همانند عامل مضاربه امین است و در صورتی که کوتاهی نکرده باشد ضامن خسارت های وارده نیست.
3. در قرارداد مزارعه محدوده عملیات کشاورزی از جهت نوع کشت و زمان باید کاملا" مشخص باشد.
4. عوامل دیگر همچون بذر،کود و ابزار آلات کشاورزی ممکن است به عهده هر یک از طرفین یا به صورت مشترک باشد و بر سهم آن ها افزوده شود؛ همان طور که ممکن است توسط غیر صاحب زمین و کشاورز فراهم شود و آن ها نیز به نسبت توافق،در سود سهیم شوند. (کرمی و پورمند، 1387، 102).
5. محصول پس از کسر کلیه هزینه های کشت طبق نسبتی که بر آن توافق شده است،بین همه عوامل تولید تقسیم می شود.
6. قرارداد مزارعه از عقود لازم است و پس از انعقاد هیچ یک از طرفین حق خروج از آن را بدون توافق طرف دیگر ندارند.
7. مزارعه با مرگ یکی از طرفین عقد باطل نمی­شود و ورثه هر کدام جانشین او می‌شود.(امام خمینی، 1415، 587).
8. عقد مزارعه همانند سایر عقود به اعلام اراده و رضایت طرفین به انعقاد آن نیاز دارد(امام خمینی،1415 تحریرالوسیله،306 ).
9. برای عقد مزارعه باید مدتی را معین کنند که به صورت سال یا ماه باشد و متنایب با مدت کشت و برداشت محصول مورد نظر باشد(شرایع­الاسلام،150).

**2-2-6-9 مساقات**

مساقات قرارداد بین مالک باغ و باغبان است که در آن،باغبان متعهد به آبیاری و پرورش درختان می شود و طبق توافق در محصول شریک می شوند. (کرمی و پورمند، 1387، 103).

مساقات دهنده(مالک) و مساقات گیرنده (عامل) باید شرایط عمومی طرفین عقد را دارا باشند(مواد 210تا 213 قانون مدنی).

این قرارداد شباهت زیادی به قرارداد مزارعه دارد ولی توجه به نکات زیر لازم است:

1. قرارداد مساقات در باغ های آماده و دارای محصول است و برای کاشتن نهال و ... قرارداد دیگری لازم است.
2. قرارداد مساقات برای محصولاتی است که از درخت استحصال می شود و چندین سال دوام می آورد ولی محصولاتی که از بوته به دست می آید مانند خربزه و خیار – که چندان نمی پاید- قراداد مساقات در آن ها صحیح نیست.
3. قرارداد مساقات برای پرورش و باغبانی درختانی است که از میوه آن ها استفاده می‌شود،لذا برای پرورش سایر درختان مانند درختانی که برای بهره گیری از چوب آن ها کاشته می شوند از این قرارداد نمی توان استفاده کرد. ولی برای درختانی که از برگ یا گل آن ها استفاده می شود انعقاد قرارداد مساقات بلامانع است.
4. آنچه مربوط به باغ می شود مسئولیت آن به عهده صاحب باغ است؛زیرا عامل فقط در به ثمر رسانیدن میوه نقش دارد و برای آن متعهد می شود. (کرمی و پورمند، 1387، 103).
5. در صورتی که مباشرت در عمل شرط نشده باشد، عامل می­تواند برای انجام بعضی از کارها یا تمام آن­ها، اجیر استخدام کند و اجرت آن بر عهده عامل است(امام خمینی، 1415).
6. مالیات برعهده مالک است نه عامل، مگر اینکه در ضمن عقد شرط کرده باشند که عامل بپردازد(امام خمینی، 1415).
7. مدت مساقات باید معلوم باشد، در صورتی که آغاز آن را معلوم کنند وپایان آن را موقعی قرار دهند که میوه به دست آید صحیح است(امام خمینی، تحریرالوسیله، 319).
8. مساقات دهنده باید مالک باغ باشد یا وکالت از سوی مالک داشته باشد. یا مالک منافع درختان باشد.

**2-2-7 شرایط ضمن قرارداد**

فقه اسلامی برای بردن هرچه بیشتر کارآیی قراردادها بر برخی از شرایط ضمن عقد که مورد پذیرش عرف است، تاکید کرده است که به طور خلاصه آن ها را بررسی می کنیم.

**شرایط ضمن قرارداد:**

شرایط ضمن قرارداد به سه دسته تقسیم شده است:شرط فعل،شرط نتیجه و شرط صفت.

1.شرط فعل عبارت از تعهد به انجا دادن کاری خاص در ضمن قرارداد است ، مانند تعهد و تضمین تعمیرات رایگان و خدمات پس از فروش یا تعهداتی که کارفرمایان ضمن قرار داد اجاره نیروی انسانی (کارگر) می پذیرند، مانند حق مسکن و خدمات درمانی و...

2.شرط نتیجه: در شرط نتیجه ضمن قرارداد، آثار حقوقی عملی شرط می گردد.برای مثال ضمن قرارداد اجاره ، مالک شدن کالای اجاره داده شده در قرارداد مالکیت عین مستأجره که اثر حقوقی شرط است برای مستأجر حاصل می شود(کرمی و پورمند، 1387، 104).

در شرط نتیجه بر خلاف شرط فعل ، پس از انعقاد قرارداد آنچه به عنوان شرط نتیجه در نظر گرفته شده است تحقق می یابد و نیازی به قرارداد جدید برای تحقق شرط نیست .

بنابراين قرارداد اجاره اي كه به شرط تمليك منعقد شده است پس از انجام تهدات توسط مستاجر بدون هيچ قرارداد ديگري عين مورد اجاره به ملكيت مستاجر در مي آيد ولي در شرط فعل اگر براي مثال مالك شدن كارگز نسبت به خانه مسكوني كه در اختيار او قرار گرفته است شرط شده باشد<لازم است براي واگذاري آن به كارگر از عقود تمليكي استفاده شود و آثار حقوق غصب و ضمان بر عهده متعهد (كارفما) تا قبل از انعقاد قرارداد دوم بار نمي شود.

3. شرط صفت**:**خريدار مي تواند كالاهاي مورد مبادله را مشروط بر دارا بودن ويژگي هاي که در موضوع قرارداد ذکر شده است تحویل بگیرد به این شرط صفت مي گويند.

مبناي پذيرش شروط سه گانه شيوه عملي عقلا و روايت(المومنون عند شروطهم) است كه مردم را به پاي بندي به تعهدات و پيمان ها فرا مي خواند.بنابراين شروطي كه خارج از محدوده روش عقلا باشد يا از نظر شرعي منع شده باشد،باطل و فاقد اثر حقوقي است، از جمله:

1. شرطي كه بر خلاف ماهيت قراداد باشد.براي مثال اگر در قرارداد بيع، شرط شود كه در برابر كالاي فروخته شده،عوض و وجهي پرداخت نشود از آن رو كه دو ركن اين قرارداد كالا و عوض آن است و طي اين شرط يكي از ركن ها از بين رفته،شرط باطل و فاقد اثر است؛
2. شرطي كه بر خلاف آثار طبيعي قرارداد باش
3. د.هر قراردادي داراي آثاري است،مثلا اثر قراردا بيع،انتقال كالاي فروخته شده به مشتري و انتقال عوض آن به فروشنده است.اگر بر خلاف اين اقتضائات شرطي ضمن قرارداد آورده شود- مثلا" شرط شود كه خريدار مالك نشود يا در عقد مضاربه شرط شود كه عامل در زيان نيز شريك باشد، به سبب مخالفت با مقتضاي عقد باطل است؛
4. شرط مجهول؛
5. شرط خلاف كتاب و سنت؛
6. شرط هاي غيرمنطقي و غيرعقلائي. (کرمی و پورمند، 1387، 105).

جدول 2-3شرایط قراردادهای اسلامی

|  |
| --- |
| **شرایط قراردادهای اسلامی** |
| 1. اهلیت طرفین قرارداد
 |
| 1. مالیت داشتن موضوع قرارداد
 |
| 1. معلوم و معین بودن موضوع قرارداد
 |
| 1. قابل دسترس و تحویل بودن موضوع قرارداد
 |
| 1. عدم ممنوعیت نقل و انتقال موضوع قرارداد
 |
| 1. زیان­بار نبودن موضوع قرارداد
 |
| 1. معیوب نبودن موضوع قرارداد
 |
| 1. تخلف نکردن از شرایط قرارداد
 |
| 1. رعایت جایز و لازم بودن قرارداد
 |
| 1. عدم شرط خلاف کتاب و سنت
 |
| 1. عدم شرط برخلاف آثار طبیعی قرارداد
 |
| 1. عدم شرط غیرمنطقی و غیرعقلانی
 |
| 1. عدم شرط مجهول و نامعلوم
 |
| 1. مقدور بودن شروط
 |
| 1. قدرت طرف مقابل برای وفای به شرط
 |
| 1. ذکر شدن شروط در هنگام انعقاد قرارداد
 |

منبع: محقق

**2-3بانکداری اسلامی**

‌ دربانکداری اسلامی اسلام‌ با تحريم‌ قرض‌ با بهره، انواعي‌ از معامله‌هاي‌ حقيقي‌ چون‌ بيع‌ نسيه، سلف، تنزيل، اجاره، جعاله، شركت، مضاربه، مزارعه، مساقات‌ و صلح‌ را تأييد كرده‌ كه‌ ماهيت‌هاي‌ به‌ طور كامل‌ متفاوتي‌ دارند و در يك‌ قالب‌ مالي‌ نمي‌گنجد.در ادامه ابتدا به بانکداری متعارف و سپس بانکداری اسلامی و چرایی بانکداری اسلامی پرداخته می­شود. سوالی که مطرح است و در این بخش به آن پاسخ داده می­شوئد این است که چرا بانکداری اسلامی؟ دلایل تغییر سیستم بانکداری متعارف به بانکداری اسلامی چیست؟

**2-3-1 نظام بانكداري مبتني بر بهره (بانکداری متعارف)**

در اقتصاد غرب،بانکداری بر محور بهره می­چرخد و نظام بانكي از بانك مركزي و مؤسسات سپرده‏پذير گوناگون تشكيل شده است. مؤسسات سپرده‏پذير شامل بانك‌هاي تجاري، شركت‏هاي وام و پس‏انداز، شركت‏هاي بيمه، صندوق‏هاي خصوصي بازنشستگي، صندوق‏هاي محلّي و ايالتي بازنشستگي، شركت‏هاي تهيه سرمايه‏هاي تجاري و مانند آن مي‏شود. مؤسسات سپرده‏پذير نقش واسطه‏گري بين پس‏اندازكننده و سرمايه‏گذار را براساس پرداخت بهره به سپرده‏گذاران و اخذ بهره از وام‏گيرندگان بازي مي‏كنند. در اين نظام، دو نوع سپرده جاري و سپرده پس‏انداز يا مدت‏دار وجود دارد. امروزه حساب‏هاي جاري افزون بر حساب‏هاي ديداري بانك‌هاي تجاري، شامل حساب‏هاي پس‏انداز و حساب‏هاي با سيستم انتقال خودكار (ATS) حساب‏هاي برات سهام اتحاديه اعتباري، سپرده‏هاي ديداري در بانك‌هاي پس‏انداز تعاوني مي‌شود. سپرده‏هاي مدت‏دار نيز شامل شبه‌پول (سپرده‏هاي‏ كوتاه‌‏مدتي كه قابل انتقال به‌‏وسيلة پشت‏نويسي نيستند) و سپرده‏هاي بلندمدت مي‌شود. هر يك از اين دو نيز انواع گوناگون دارند. ماهيت حقوقي همه اين سپرده‏ها قرض است؛ بدين سبب، مؤسسه سپرده‏پذير، مالك سپرده‏ها به‌شمار مي‌رود.

بانك مركزي در اين نظام وظيفه انتشار اسكناس و ضرب مسكوك، كنترل نظام پولي و اعتباري و بانكي كشور، حفظ ذخاير بانك‌ها، حفظ و مديريت ذخاير ارزي، وظيفه بانكداري براي دولت و ارائه خدمات مشاوره و نمايندگي دولت، انجام عمليات بانكي ساير بانك‌هاي مركزي جهان و مؤسسه‏هاي مالي بين‏المللي و ارائه تسهيلات اعتباري از طريق تنزيل مجدد اسناد بانك‌ها را بر عهده دارد.

در بانکداری ربوی، از آن جهت که وجوه سپرده‏گذران به عنوان وام از آنان دریافت می‏شود، و تسهیلات بانکی نیز به صورت وام به متقاضیان تحویل می‏گردد، دست بانک و دریافت کنندگان تسهیلات، در به کارگیری وجوه باز بوده، و متقاضیان تسهیلات می‏توانند وجوه دریافتی را در موارد دلخواه خود (اعم از امور تولیدی، تجاری، مصرفی و ...) به کار گیرند. همچنان که بانکها بدون دغدغه خاطر، پس از اطمینان از توانایی بازپرداخت متقاضی، تسهیلات مورد نیازش را به صورت وام در اختیار او قرار می‏دهند، و در سر رسید معین، مبلغ وام و بهره معین آن را دریافت می‏کنند. بر این اساس، محدودیتی برای بانکها در اعطای تسهیلات و برای دریافت کنندگان در به کارگیری تسهیلات وجود ندارد

(گروه اقتصاد،30،1374).

**2-3-2 انواع سپرده در بانكدارى بدون ربا**

فصل دوم قانون بانكدارى بدون ربا، طىّ موادّ سه تا شش، به مسأله تجهيز منابع پولى مى پردازد. پس از نقل مواد مذكور از قانون عمليّات بانكدارى بدون ربا، با استفاده از آيين نامه ها و دستورالعمل هاى اجرايى، درباره انواع حساب هاى بانكى به اختصار توضيح مى دهيم.

مادّه 3. بانك ها مى توانند تحت هر يك از عناوين ذيل، به قبول سپرده مبادرت كنند:

يك. سپرده هاى قرض الحسنه

الف. جارى;

ب. پس انداز.

دو. سپرده هاى سرمايه گذارى مدّت دار

تبصره: سپرده هاى سرمايه گذارى مدّت دار كه بانك در به كار گرفتن آن ها وكيل است، در امور مشاركت، مضاربه، اجاره به شرط تمليك، معاملات اقساطى، مزارعه، مساقات، سرمايه گذارى مستقيم، معاملات سلف و جعاله استفاده مى شود(جمشیدی،42،1390).

مادّه 4: بانك ها به باز پرداخت اصل سپرده هاى قرض الحسنه (پس انداز و جارى) مكلّفند و مى توانند اصل سپرده هاى سرمايه گذارى مدّت دار را تعهّد يا بيمه كنند.

مادّه 5: منافع حاصل از عمليّات مذكور در تبصره مادّه «3» اين قانون، بر اساس قرارداد منعقده، متناسب با مدّت و مبالغ سپرده هاى سرمايه گذارى و رعايت سهم منابع بانك با توجه به مدّت و مبلغ در كلّ وجوه به كار گرفته شده در اين عمليات، تقسيم خواهد شد.

مادّه 6: بانك ها مى توانند به منظور جذب و تجهيز سپرده ها، با اتّخاذ روش هاى تشويقى، از امتيازات ذيل به سپرده گذاران اعطا كنند(جمشیدی، 1390).

يك. اعطاى جوايز غير ثابت نقدى يا جنسى براى سپرده هاى قرض الحسنه.

دو. تخفيف يا معافيت سپرده گذاران از پرداخت كارمزد يا حقّ الوكاله.

سه. دادن حقّ تقدّم به سپرده گذاران براى استفاده از تسهيلات اعطايى بانكى در موارد مذكور در فصل سوم.

با توجّه به قانون بانكدارى و آيين نامه هاى اجرايى، در يك تقسيم بندى كلّى، انواع سپرده ها به سه گروه ذيل تقسيم مى شود.

1. سپرده جارى (قرض الحسنه)

حساب جارى در عمليّات بانكدارى بدون رباى ايران، ماهيّت قرض دارد و مثل حساب جارى در همه بانك هاى سنّتى است و همانند آن ها خدمات جارى را در اختيار صاحب حساب مى گذارد و به موجودى اين گونه حساب ها هيچ سودى تعلّق نمى گيرد. (جمشیدی،42،1390).

استفاده از حساب جارى، افزون بر حفظ پول در بانك، موجب تسهيل پرداخت ها و بى نيازى صاحب حساب از حمل و نگه دارى وجوه نقدى مى شود.

وجوه فراهم شده از ناحيه اين حساب ها مطابق ماهيّت عقد قرض به ملكيّت بانك در آمده، جزو منابع بانك خواهد بود. بانك ها مى توانند با رعايت ذخاير قانونى و ذخاير احتياطى، باقيمانده وجوه را از طريق عقود مندرج در مادّه 3، به كار گرفته، سود كسب كنند.

2. سپرده پس انداز (قرض الحسنه)

حساب پس انداز نيز ماهيّت قرض دارد و همانند حساب پس انداز در بانكدارى سنّتى است با اين تفاوت كه در بانكدارى بدون ربا، به صاحبان حساب پس انداز، بهره اى پرداخت نمى شود. حساب مذكور اين امكان را به مردم مى دهد كه وجوه مازاد بر نياز خود را به هر ميزانى باشد به بانك بسپارند و هر گاه نياز داشتند، از بانك دريافت كنند. افزون بر آن، صاحبان اين حساب ها در امر قرض الحسنه اعطايى از طرف بانك مشاركت كرده، از اجر و ثواب آخرتى آن بهره مند مى شوند. وجوه اين حساب نيز به مالكيّت بانك درآمده، جزو منابع خواهد بود و بانك ها با لحاظ ذخاير قانونى و احتياطى، بخشى از اين وجوه را به اعطاى قرض الحسنه اختصاص داده، بخش ديگرى را از طريق عقود مندرج در مادّه 3 به كار گرفته، سود كسب مى كنند. بانك ها براى تشويق مردم به پس انداز، پاره اى اولويّت ها، امتيازات و جوايز را براى صاحبان اين حساب ها در نظر مى گيرند(جمشیدی، 1390).

3. سپرده سرمايه گذارى مدت دار

رابطه بانك و صاحب سپرده در حساب هاى سرمايه گذارى، رابطه «وكالت» است. بانك ها وجوه اين حساب را به وكالت از صاحبان سپرده در امور مشاركت، مضاربه، اجاره به شرط تمليك، معاملات اقساطى، مزارعه، مساقات، سرمايه گذارى مستقيم، معاملات سلف و جعاله به كار مى گيرند. بانك ها باز پرداخت اصل سپرده سرمايه گذارى مدّت دار را تعهّد، و منافع حاصل از عمليّات مذكور را طبق قرارداد، متناسب با مدّت و مبلغ سپرده، با رعايت سهم منابع بانك، پس از كسر هزينه ها و حقّ الوكاله بين صاحبان سپرده ها تقسيم مى كنند.

در اين حساب ها ميزان سود از ابتدا روشن نيست; امّا به سبب گستردگى عمل و تنوّع معاملات، اطمينان هست كه سود مناسبى عايد اين وجوه خواهد شد; به طورى كه بانك مى تواند پيش از حسابرسى، به آنان سود على الحساب بپردازد. (جمشیدی،42،1390).

اما در بانکداری بدون ربا، تسهیلات بانکی به چهار گروه عمده زیر تقسیم می‏شود:

1ـ گروه مشارکتها؛ همچون مشارکت مدنی و حقوقی، مضاربه، مزارعه، و مساقات؛

2ـ گروه مبادلات؛ مانند فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک و معاملات سلف؛

3\_ گروهتعهدات، مانند جعاله و ضمانتنامه.

4ـ گروه وام قرض­الحسنه(جمشیدی، 46،1390).

بنابراین بانکها نمی‏توانند، همانند سیستم ربوی، تسهیلات خود را فقط به صورت وام پرداخت نمایند؛ زیرا حجم کمی از تسهیلات به صورت وام(قرض الحسنه)، و غالب آنها در چار چوب عقود و قراردادهای دیگر به بانک تحویل می‏گردد، و یا به عنوان تسهیلات بانکی در اختیار متقاضیان قرار داده می‏شود. و از طرف دیگر، سایر عقود در بانکداری بدون ربا از قابلیتهای عقد وام(قرض) بهره‏مند نیستند(گروه اقتصاد،31،1374).

بجز قرارداد قرض الحسنه و تسهیلاتی که در چارچوب این قرارداد به متقاضیان پرداخت می‏گردد، سایر قراردادها، تنها در گروه خاص خود قابلیّت به کارگیری دارند، و امکان بهره‏گیری در غیر موارد تجویز شده در قانون و شرع وجود ندارد؛ به عنوان مثال: از قرارداد مضاربه که باید در امور تجاری استفاده شود، نمی‏توان تسهیلاتی، مانند بنا، تعمیر و یا تکمیل ساختمان استفاده نمود؛ و یا در موردی که باید از قرارداد معاملات سلف بهره گرفت، نمی‏توان تسهیلات ویژه فروش اقساطی و یا جعاله را دریافت کرد. لذا برای همه نیازهای اقتصادی و تحت هر شرایطی نمی‏توان از این عقود استفاده کرد، و قابلیت هر عقد، منحصر به حیطه فعالیتهای اقتصادی خاص خویش است؛ علاوه بر آنکه محدودیتهایی نیز برای کارگزاران بانکها دربر خواهد داشت. بانکها ناگزیر از ارزیابی و حصول اطمینان از سودآوری پروژه‏ها می‏باشند، و پس از برآورد میزان سود احتمالی پروژه‏ها باید با دریافت کنندگان تسهیلات، در میزان سهم آنان از سود به توافق برسند، و بر مراحل پیشرفت کار نظارت نمایند. (جمشیدی، 1390).

در واقع بانکداری اسلامی علاوه بر نقش واسطه­گری در بخش حقیقی اقتصاد نیز ورود پیدا می­کند.

**2-3-3 اثرات جایگزینى بانکداری بدون ربا به جای بانکداری متعارف(ربوی)**

**2-5-3-1کاهش هزینه‏هاى تولید**

از دیدگاه اقتصاد خُرد، تولیدکننده همیشه درپى حداکثر کردن سود اقتصادى است و سود، ما به التّفاوت درآمد کل و هزینه کل به شمار مى‏رود. این سود، هنگامى به حداکثر مى‏رسد که قیمت محصول، با هزینه نهایى برابر باشد. با تحقیق روی این مساله به این نتیجه دست یافته­ایم که هزینه­های تولید در نظام اسلامی کمتر از نظلام بهره است.

1- تولیدکننده نظام مشارکت اسلام مى‏تواند تولید خود را افزایش دهد؛ در حالى که چنین امکانى براى تولیدکننده نظام بهره وجود ندارد.

2- اگر قیمت کالا کاهش یابد در نظام بهره تا حدی تحمل دارد در حالیکه در نظام اسلام تولید ادامه می­یابد.

این توضیح لازم است که تحلیل پیشین بر اساس هزینه‏هاى تحقّق یافته است، نه بر اساس هزینه فرصت؛ چرا که هزینه‏هاى فرصت، به نوع نظام اقتصادى ارتباطى ندارد و امکان مقایسه دو نظام در آن‏ها نیست. به عبارت دیگر، براى تصمیم به سرمایه‏گذارى، ملاک، هزینه‏هاى فرصت است و چه بسا در نظام مشارکت نیز عامل سرمایه، هزینه فرصتى معادل نرخ بهره داشته باشد و از این جهت نظام مشارکت، هیج‏گونه برترى بر نظام بهره ندارد؛ امّا در مقام عمل، هزینه تحقّق یافته نظام مشارکت پایین بوده، در نتیجه، در عرصه اقتصاد واقعى به ویژه در مقام رقابت، از جهت مقدار تولید و قیمت فروش، انعطاف بیش‏ترى دارد و استوارتر خواهد بود.

**2-3-3-2 افزایش سرمایه‏گذارى**

گذشته از کاهش هزینه تولید که امکان افزایش تولید و سرمایه‏گذارى را براىتولیدکننده فراهم مى‏آورد، عوامل دیگرى نیز در افزایش سرمایه‏گذارى در نظام مشارکت مؤثّرند که برخى از آن‏ها چنین است:

یک. برداشته شدن حدّ سرمایه‏گذارى: در نظام بهره چه در الگوى کینز و چه در الگوى نئوکلاسیک‏ها، سرمایه‏گذارى تا جایى صورت مى‏گیرد که نرخ بازده نهایى سرمایه، با نرخ بهره مساوى شود؛ بنابراین، در نظام سرمایه‏دارى، نرخ بهره، تعیین‏کننده حدّ سرمایه‏گذارى است؛ براى مثال اگر نرخ بهره برابر ده‏درصد باشد، طرح‏هایى با بازدهى کم‏تر از ده درصد، هرگز براى سرمایه‏گذارى برگزیده نمى‏شوند؛ امّا با حذف بهره، دیگر متغیّر برون‏زایى به نام بهره وجود ندارد تا حدّ سرمایه‏گذارى را تعیین کند؛ در نتیجه، سرمایه‏گذارى تا جایى که بازده مثبت وجود دارد مى‏تواند افزایش یابد؛(توتونچیان،1375 ،413).

البتّه این بدان معنا نیست که هر طرح داراى بازده مثبت براى سرمایه‏گذارى برگزیده مى‏شود؛ بلکه در مقام گزینش (در فرض کمبود سرمایه) بالاترین بازده‏ها انتخاب مى‏شوند.

دو. کاهش نااطمینانى: عامل دیگرى که تقاضاى سرمایه‏گذارى را در نظام مشارکت افزایش مى‏دهد، کاهش خطرهاى سرمایه‏گذارى است. تولیدکننده بخش کشاورزى و صنعت، همیشه نگران بروز مشکلات پیش‏بینى نشده است. تغییرات آب و هوا، وقوع حوادث غیرمترقبه، به کارگیرى شیوه‏هاى جدید تولید، تغییر سلیقه مصرف‏کنندگان، وارد شدن کالاهاى جانشین، تغییرات سیاست‏هاى گمرکى و ده‏ها عامل دیگر، خطرهایى هستند که همه در نظام سرمایه‏دارى متوجّه سرمایه‏گذار مى‏شوند و بر وام‏دهنده هیچ تأثیرى ندارند؛ بدین‏سبب تولیدکنندگان، براى این خطرها افزون بر نرخ بهره وام‏ها، درصدى را نیز در نظر مى‏گیرند و چنان که بازده طرح‏ها از مجموع نرخ بهره و پیش‏بینى نرخ خطر بیش‏تر باشد، سرمایه‏گذارى مى‏کنند. در اقتصاد اسلامى که صاحبان پس‏انداز به مشارکت با متقاضیان (تولیدکنندگان) مى‏پردازند و در عواقب فعالیّت‏هاى اقتصادى سهیم مى‏شوند، پیامدهاى احتمالى خطرهاى یادشده، به طور قهرى بین هر دو طرف تقسیم مى‏شود؛ بنابراین، چون سهم تولیدکننده در تحمّل خسارت ناشى از خطرهاى یادشده، کم‏تر مى‏شود، تقاضاى او براى سرمایه‏گذارى افزایش مى‏یابد(صدر،1376،304).

مسأله کاهش نااطمینانى براى سرمایه‏گذار، آثار فراوانى در اقتصاد دارد:

اوّلاً از عمیق‏تر شدن آن در دوره‏هاى رکود جلوگیرى مى‏کند. در این دوره‏ها به دلیل احتمال ورشکستگى، مؤسسات براى تقاضاى سرمایه‏گذارى تمایلى ندارند. سیاست‏هاى پولى هم در اقتصاد سرمایه‏دارى در وضعیّت تورّمى تا حدّى خوب عمل مى‏کند؛ ولى در حالت رکود، کارایى چندانى ندارد؛ یعنى هر قدر نرخ بهره پایین بیاید، ترس از ورشکستگى، مانع حرکت تولیدکننده مى‏شود؛ به خلاف نظام اسلامى که در آن، صاحب سرمایه خود را در کنار مؤسسه تولیدى و شریک او مى‏داند؛ بنابراین، دست او را گرفته، به او اطمینان مى‏دهد. به تعبیر یکى از استادان، این دو نظام، مانند آن دو پدرى هستند که در شب تاریک، یکى به فرزند خود مى‏گوید: «نترس برو»، و دیگرى دست فرزندش را گرفته، مى‏گوید: «نترس بیا برویم».

ثانیا نظام مشارکت، راه را براى طرح‏هاى بزرگ که بطور معمول، آسیب‏پذیرترند و شکست آن‏ها نیز هزینه بالایى دارد، هموار کرده، زمینه براى فعّالیت‏هاى سنگین و بلندمدّت فراهم مى‏آید.

سه. افزایش وجوه عرضه شده: در نظام بهره، صاحبان پس‏انداز و مؤسّسات پولى، گرفتن بهره و رباخوارى را به کارهاى سرمایه‏گذارى ترجیح مى‏دهند؛ زیرا وام‏گیرنده چه سود ببرد و چه زیان کند، سودِ وام‏دهنده (بهره وام) تضمین شده است و این باعث مى‏شود که اوّلاً وام‏ها به فعّالیّت‏هاى کوتاه‏مدّت اختصاص یابد تا در صورت افزایش نرخ بهرهبتوانند از آن دوباره استفاده کنند. ثانیا در مواقعى که نرخ بهره پایین است، قسمتى از پس‏اندازها راکد مى‏ماند و به جاى وارد شدن در جریان تولید، راهى بازارهاى پولى و سفته‏بازى مى‏شود؛ به طورى که طى سال‏هاى 1980 تا 1987 در کشور امریکا، بیش از یک سوم تغییرات حجم پول به بازارهاى پولى غیرمولّد وارد شده و کم‏تر از دو سوم آن به سرمایه تبدیل گشته است(توتونچیان،1371).

در نظام اسلامى، با تحریم ربا، بازار پول و بازار وام حذف شده، دیگر زمینه‏هایى براى اختصاص پس‏انداز به ربا و سفته‏بازى وجود نخواهد داشت و یگانه راه براى کسانى که قصد کسب درآمد از پس‏اندازهایشان دارند، مشارکت با تولیدکنندگان در فعّالیت‏هاى سرمایه‏گذارى است؛ در غیر این صورت، هیچ مازادى به پس‏انداز آن‏ها تعلّق نمى‏گیرد. این امر سبب مى‏شود همه وجوهى که پیش‏تر صرف وام‏دادن یا کارهاى سفته‏بازى مى‏شد، اکنون به سرمایه‏گذاران عرضه شود؛ در نتیجه، وجوه عرضه شده براى سرمایه‏گذارى در کلّ اقتصاد افزایش مى‏یابد(صدر،301،1357).

**2-3-3-3 افزایش تولید و عرضه کل**

کاهش هزینه‏هاى تولید و افزایش حجم سرمایه‏گذارى، آثار مثبت بسیارى در اقتصاد دارد. یکى از آن‏ها افزایش تولید کل در جامعه است؛ به ویژه با توجّه به این‏که در نظام مشارکت به دلیل شریک‏بودن صاحبان پس‏انداز در مؤسسه اقتصادى، تمام نیروهاى جامعه براى تخصیص بهتر منابع بسیج مى‏شوند به این معنا که در نظام بهره، صاحب پس‏انداز به چگونگى استفاده تولیدکننده از وام گرفته شده توجّه ندارد؛ به همین سبب این امکان وجود دارد که تولیدکننده، آن را در زمینه‏هایى که توجیه اقتصادى ندارد، به کار گیرد؛ در حالى که در نظام مشارکت، به دلیل شرکت صاحب پس‏انداز، با هم‏فکرى دو طرف، سرمایه باید در فعّالیتى به کار گرفته شود که از جهت اقتصادى کارایى داشته باشد و این در کلّ اقتصاد، باعث بهترشدن تخصیص منابع و در نهایت، موجب افزایش تولید کل و عرضه کل در اقتصاد مى‏شو(صدر،1357،301).

**2-3-3-5 بالا رفتن سطح اشتغال**

دومین اثر اقتصادى افزایش سرمایه‏گذارى که در حقیقت بر افزایش تولید پیشى دارد، افزایش اشتغال نهاده‏هاى تولیدى است. در پى افزایش تقاضاى سرمایه‏گذارى، زمینه براى فعّال شدن دیگر منابع تولید مثل زمین، مواد اوّلیه، نیروى انسانى و ... که بدون استفاده مانده بودند، فراهم مى‏آید؛ در نتیجه، اقتصاد با آهنگ سریع‏ترى به سمت اشتغال کامل گام برمى‏دارد(موسویان،1381).

**2-3-3-5 کاهش سطح عمومى قیمت‏ها**

با توجّه به مطالب پیشین، انتظار داریم با جایگزینى «نظام مشارکت» در پى بالا رفتن اشتغال و تولید کل، عرضه کل نیز افزایش یابداین مطلب از دیدگاه اقتصاد خُرد هم قابل توجیه است؛ چون با کاهش هزینه‏ها (حذف هزینه بهره)، تولید هر بنگاه فزونى گرفته، سطح عمومى قیمت‏ها کاهش مى‏یابد؛ البتّه در اثر بالارفتن اشتغال و بهتر شدن توزیع درآمدها، انتظار داریم که تقاضاى کل هم افزایش یابد؛ امّا در مجموع، قیمت‏ها پایین مى‏آید. افزون بر این‏که با حذف بهره، بازار پول و سفته‏بازى حذف شده، در نتیجه تورّم‏هاى پولى نیز از بین مى‏رود؛ چنان که حذف بازار وام، موجب حفظ توازن میان گردش کالا (ارزش افزوده واقعى) و گردش درآمد پولى از طرف دیگر مى‏شود که خود نقش مهمّى در تثبیت قیمت‏ها و جلوگیرى از تورّم دارد(ماجدی و گلریز،218،1367).

تولیدکنندگان، کالا و خدمات را به مصرف‏کنندگان عرضه مى‏کنند و مصرف‏کنندگان در عوض، نهاده‏هاى تولید مانند کار، زمین و سرمایه را در اختیار تولیدکنندگان قرار مى‏دهند که این، بخش واقعى اقتصاد، و در دایره داخلى نمودار منعکس است و در دایره بیرونى، جریان گردش درآمد پولى نشان داده شده است. مصرف‏کنندگان بابت دریافت کالاها، مخارج آن‏ها را به تولیدکنندگان مى‏پردازند و در عوض، تولیدکنندگان بابت استخدام عوامل تولید (کار، زمین و سرمایه) که در اختیار مصرف‏کنندگان است، به ایشان مزد، اجاره، و سود مى‏پردازند. در اقتصادى که ربا مجاز است، تولیدکنندگان افزون بر این، در ازاى وامى که از مصرف‏کنندگان مى‏گیرند، به ایشان بهره نیز مى‏پردازند. براى درک بهتر مطالب فرض کنید که در اقتصاد ربوى، همه وجوه به شکل وام عرضه مى‏شود و هیچ مشارکتى وجود ندارد و سودى داده نمى‏شود.

در اقتصاد بدون ربا، میان نیم‏دایره بالایى یعنى مخارج در بازار کالا، و نیم‏دایره پایینى یعنى مزد، اجاره و سود، توازن کامل وجود دارد. اگر فرض کنیم بازار کار و زمین در تعادل است، بازار سرمایه نیز در تعادل خواهد بود؛ زیرا چنان‏چه طرح‏هاى سرمایه‏اى و تولیدى به ثمر رسد، مصرف‏کنندگان بابت خرید فرآورده‏ها و تولیدات آن‏ها، مخارجى را مى‏پردازند(صدر،307،1357).

تولیدکنندگان نیز پس از کسر مزد و اجاره، سود به‏دست آمده را به مصرف‏کنندگان (صاحبان پس‏انداز) مى‏دهند؛ در نتیجه، تعادل و توازن تحقّق مى‏یابد. اگر به علّت پیش آمدن یکى از خطرها، فعّالیتى به تولید نرسد، خودبه‏خود محصولى ارائه، و مخارجى از مصرف‏کنندگان دریافت نمى‏شود. در این وضعیت، بنگاه مربوط سودى نخواهد داشت و بابت آن نیز وجهى به مصرف‏کنندگان نمى‏پردازد؛ در نتیجه، جریان مخارج با جریان درآمد عوامل تولید در بازار کالا متوازن مى‏شود. به بیان دیگر، هر مبلغى که به صورت مخارج خرید کالا از مصرف‏کنندگان به تولیدکنندگان پرداخت شود، درست همان مبلغ به شکل مزد و اجاره و سود از تولیدکنندگان به مصرف‏کنندگان برگردانده مى‏شود.

حال اقتصادى ربوى را در نظر بگیرید. وقتى طرحى به همان علّت ذکر شده به بازده نمى‏رسد، در نیم‏دایره مخارج در بازار کالا، پرداختى از مصرف‏کنندگان به مجرى طرح مزبور صورت نمى‏گیرد و درآمدى عاید مجرى نمى‏شود؛ امّا در نیم‏دایره پایین، مجرى به علّت تعهّدى که طبق قانون دارد، باید بهره صاحب وام را بپردازد؛ در نتیجه، مجموعه درآمدى که به شکل بهره و دیگر اشکال درآمد به صاحبان عوامل تولید پرداخت مى‏شود، از حاصل جمع مخارجى که در بازار کالا به دست مى‏آید، بیش‏تر است. این پدیده، توازن میان گردش درآمد پولى و درآمد واقعى یعنى ارزش افزوده واقعى را بر هم مى‏زند و افزایش سطح عمومى قیمت‏ها و تورّم را در پى خواهد داشت(صدر،307،1357).

**2-3-3-6 عادلانه‏تر شدن توزیع درآمد**

نظر به این‏که در نظام مشارکت، پیامدهاى مطلوب و نامطلوب فعّالیت اقتصادى متوجّه هر دو طرف قرار داد (عامل و صاحب سرمایه) است، نتایج حاصل از آن نیز در قالب سود و زیان نصیب هر دو مى‏شود؛ در حالى که در نظام بهره، وام‏دهنده به دلیل کناربودن از اقتصاد واقعى، همیشه در طرف برنده‏ها قرار دارد و روشن است که در بلند مدّت، دارایى در طرفى جمع مى‏شود که همیشه برنده است(موسویان،1378).

**2-3-3-7 ثبات بیش‏تر اقتصادى**

مسیر رشد سرمایه‏دارى، همیشه با دوره‏هاى رونق و رکود اقتصادى توأم است و این از عللى سرچشمه مى‏گیرد که مهم‏ترین آن‏ها به نظام بهره بر مى‏گردد. تولیدکنندگان نظام سرمایه‏دارى، در مواقعى که انتظار بهبود وضعیّت اقتصادى را دارند، براى دست‏یابى به سود بالاتر، به سرمایه‏گذارى گسترده اقدام مى‏کنند و این موجب رونق لجام گسیخته مى‏شود و مواقعى که انتظار رکود اقتصادى وجود دارد، براى پرهیز از زیان‏هاى احتمالى، از سرمایه‏گذارى خوددارى مى‏کنند، و این وخامت بیش‏تر اوضاع اقتصادى و عمیق‏تر شدن رکود را در پى دارد؛ در نتیجه، اقتصاد، همیشه با دوره‏هاى شدید رونق و رکود مواجه است؛ در حالى که در نظام مشارکت به‏سبب تعدیل سودها و ضررهاى احتمالى و تقسیم آن بین تولیدکنندگان و صاحبان سرمایه، نه در حالت بهبود، سرمایه‏گذارى متورّم مى‏شود و رونق لجام گسیخته رخ مى‏دهد، و نه در وضعیّت رکود به علّت ترس از خطر و نااطمینانى، رکود، عمق مى‏یابد؛ افزون بر این‏که به دلیل بالابودن اشتغال و توزیع عادلانه درآمدها، تقاضاى کل در اقتصاد اسلامى حالت با ثبات‏ترى دارد.(موسویان،1381).

**2-3-3-8 بالا رفتن سطح عمومى رفاه**

در پى سرمایه‏گذارى بیش‏تر و افزایش تولید، عرضه کلّ کالاها و خدمات زیاد شده، سطح عمومى قیمت‏ها کاهش مى‏یابد. از طرف دیگر، به دنبال افزایش اشتغال و عادلانه‏تر شدن درآمدها، تقاضاى افراد از کالاها و خدمات فزونى مى‏گیرد و در نتیجه، مصرف سرانه در نظام اسلامى، بیش از مصرف سرانه در نظام سرمایه‏دارى مى‏شود و این بالارفتن رفاه عمومى در جامعه را در پى خواهد داشت؛ چنان‏که اختلاف طبقات درآمدى هم کاهش مى‏یابد(موسویان،1381).

**2-3-3-9 همسویى منافع**

در نظام مشارکت، صاحب سرمایه به کامیابى بنگاه، علاقه جدّى و دلبستگى واقعى دارد؛ زیرا سهم سود وى، تابع مستقیمى از سودآورى بنگاه است و طبیعى است که او نیز در پىِ بالابردن کارایى بنگاه بوده، از هر طریقى به بنگاه کمک مى‏کند؛ در حالى که در نظام بهره، هدف اصلى دریافت‏کننده بهره، درآمد خود او است و به درجه کارایى بنگاه چندان دلبستگى ندارد؛ از این رو در نظام مشارکت، هدف صاحب سرمایه با هدف کارفرما هماهنگ است؛ در حالى که در نظام بهره، اگر منافع، تضادّى نداشته باشد که در برخى مواقع دارد، دست‏کم لزوما همسو نیست.(موسویان،1381).

**2-3-3-10تطابق با عدل و قسط**

در فعّالیت‏هاى اقتصادى، اعمّ از تولیدى و تجارى، آینده کار روشن نیست و نتیجه قطعى آن، پس از انجام فعّالیت آشکار مى‏شود؛ پس اگر وام‏دهنده، سود معیّن و از پیش تعیین شده‏اى را شرط اعطاى قرض قرار دهد، مخاطره‏هاى احتمالى و عواقب فعّالیت، به طور کامل متوجّه قرض‏گیرنده است؛ همان‏گونه که اگر وى از طریق همین منابع قرض شده به سود سرشارى برسد، وام‏دهنده سهمى افزون بر آن‏چه پیش‏تر تعیین کرده‏اند، نخواهد داشت؛ از این رو اسلام، روابط بین کار و سرمایه را براساس مشارکت عادلانه دو عامل در سود و زیان تنظیم، و گرفتن بهره ثابت و معیّن عامل سرمایه را تحریم‏کرده است(هدایتی،1387).

استاد شهید مطهرى در این باره مى‏نویسد:

فلسفه حرمت ربا این است که جلو قدرت و نفوذ و سیطره سرمایه گرفته شود.در شرکت سرمایه و کار باید ببینیم که سرمایه در خدمت کار باشد یا کار باید در خدمت سرمایه باشد یاهیچ کدام نباید در خدمت دیگرى باشد. ... در ربا، مزد در عوض کار قطعى سرمایه نیست؛ حتّى مشروط به بقا و ادامه وجود سرمایه هم نیست. سرمایه، چه کارى بکند و چه نکند، مزد قطعى خود را مى‏خواهد بگیرد و باز سرمایه چه در جریان کار ضربه ببیند، مزد خود را مى‏گیرد؛ بلکه فرضا خودش ضربه ببیند؛ ترمیم شده باید به صاحبش رد شود. این امور است که تسلّط سرمایه را بر کار اثبات مى‏کند و قدرت اقتصادى را در اختیار سرمایه قرار مى‏دهد؛ کمااین‏که در شرایط کارگرى و کارخانه‏دارى اگر سرمایه ملزم باشد که مزد کارگر را به هر حال، چه کار بکند و چه نکند بدهد، ضررهاى وارد بر بدن کارگر را جبران کند و به اصطلاح او را در مقابل بیمارى‏ها (بدون کسرى از مزد) بیمه کند، به علاوه در آخر مدّت او را جوان کند؛ یعنى نیروهاى تلف شده او را جبران کند، بلکه اگر بمیرد، دو مرتبه زنده شده او را به او تحویل دهد، در این صورت، بُرد با کارگر است و کارخانه، در استخدام کارگر قرار گرفته است و هرگز براى کارخانه‏دار چنین کارخانه‏دارى صرف نمى‏کند. گذشته از این‏که چنین چیزى عملاً امکان‏پذیر نیست؛ پس، از نظر شکل، رابطه سرمایه و کار نباید به نحوى باشد که نفوذ و قدرت و امتیازات بیش‏تر را به سرمایه بدهد؛ بلکه باید لااقل هم ترازوى یک‏دیگر باشند و یا باید قدرت کارگر بیش‏تر باشد. «ربا» ظالمانه‏ترین شکل رابطه کار و سرمایه است(مطهری،31،1367).

**2-3-3-11 ارزش یافتن نیروى انسانى**

همراه با کوشش براى افزایش تولید و به ثمر رساندن طرح‏هاى سرمایه‏گذارى، زمینه بروز استعدادهاى مدیریّت و ظهور ابتکار در فرایند تولید گسترش مى‏یابد. از مدیران مبتکر که سابقه درخشانى در سودآور کردن فعّالیت‏هاى اقتصادى دارند، به طور طبیعى استقبال مى‏شود و همه صاحبان وجوه، به مشارکت با ایشان تمایل مى‏یابند. این پدیده، موجب افزایش تقاضاى مشارکت با مدیران مبتکر و در نتیجه، افزایش هزینه فرصت سرمایه انسانى در اقتصاد خواهد شد. در نظام سرمایه‏دارى، سرمایه‏گذاران و مدیران ناگزیرند منبعى بیابند که طرح آنان را تأمین مالى کند؛ بدین‏سبب، به طور قهرى به تمام شرایط وام‏دهنده تن مى‏دهند؛ در حالى که در نظام مشارکت، عکس این پدیده رخ مى‏دهد وصاحبان وجوه به علّت مسدودشدن راه‏هاى رباخوارى و سفته‏بازى به سرمایه‏گذارى در طرح‏هاى تولیدى ناگزیر مى‏شوند و در جست‏وجوى اشخاص صاحب تجربه و مدیر برمى‏آیند تا مشارکت آنان سودآور باشد. از این رهگذر، اثر مثبتى در اقتصاد نمایان مى‏شود و توزیع دوباره درآمد از صاحبان وجوه یا سرمایه‏هاى مادّى، به دارندگان سرمایه انسانى صورت مى‏گیرد(صدر،305،1357).

**2-4 اصول حاكم بر بانكداري اسلامي**

نظام بانکداری زمانی اسلامی محض تلقی می­شود که بر شریعت اسلامی تاکید داشته و در علم و عمل و به خصوص عمل نه روی کاغذ پیرو آن باشد. بنابراین باید ساختار علمی و عملی بانکداری کشور یک ساختار و سازوکار و اصول اسلامی داشته باشد. چنین ساختار و سازوکاری به روشنی و به زبان علمی در متن­ها و مستندهای اسلامی ذکر نشده است و اساسا پیامبر گرامی اسلام(ص) و ائمه(ع) و رهبران اسلامی به دنبال تبیین چنین ساختاری آن­چنان که امروزه مرسوم است، نبوده­اند. اما آنچه ذکر کرده­اند و فقیهان عظام بر آن­ها استناد جسته­اند مشتمل بر بیان برخی اصول اعتقادی، حقوقی و یا نحوه رفتار مطلوب و نتیجه­های آن است که می­تواند مورد استفاده اقتصاددانان اسلامی باشد تا براساس آن بتوانند به بیان چنین ساختار و سازکاری، مطابق آنچه متداول است، بپردازند. اهمیت این کار زمانی مشخص می­شود که بخواهیم درباره ساختار و سازوکار فعالیت اقتصادی در نظام­های اقتصادی معاصر و میزان انطباق رفتار فعلی مسلمانان با شریعت اسلام داوری و قضاوت کنیم. به همین منظور پیش از همه لازم است ساختار و سازوکار مطلوب رفتار اقتصادی در نظام مطلوب اسلامی را درک کرده و آن را معرفی کنیم. از آنجا که هر نوع تبیین در این زمینه به شریعت حقه اسلام منتسب می­شود و احتمال خطا در درک این مهم وجود دارد، بنابراین، این بیان جنبه نظری دارد. قید اسلامی در عبارات نظام بانکداری اسلامی یا نظام پولی اقتصاد اسلامی به جنبه نظری این­گونه تبیین­ها اشاره دارد. البته بیان­های اولیه حالت فرضیه دارند و چنانکه بر مبنای روش­های معتبر علمی یا اجتهادی اثبات شوند به صورت نظریه تلقی خواهند شد.

نظام مجموعه­ای از اجزای مرتبط به هم است که هدف خاصی را نتیجه می­دهد. براساس این تعریف نظام بانکداری یا نظام پولی بانکداری یا نظام پولی اقتصاد اسلامی، نظامی مرکب از اجزاء روابط و اهداف است و هریک از سه رکن این نظام، همگی از متن­ها و مستندهای اسلامی استخراج می­شوند. اما باید توجه داشت صرف تهیه و تنظیم این سه رکن لزوما ساختار و سازوکار منسجمی را نتیجه نمی­دهد و به همین جهت ضرور است تا سازگاری و انسجام ارکان آن اثبات شود. این مهم زمانی حاصل می­شود که به طور معتبر اثبات شود که اجزا و روابط این نظام به ضرورت اهداف مورد نظر را نتیجه می­دهند(عیوضلو،1387).

با توجه به آنچه گذشت، منظور از نظام بانکداری یا نظام پولی اقتصاد اسلامی معرفی نظام جامعی مرکب از اجزاء روابط و اهداف ویژه­ای است که:

اولا، همه ارکان آن اسلامی باشد.

ثانیا، با یکدیگر سازگار باشند و همدیگر را نفی نکنند، یعنی با تحقق اجزاء و روابط مورد بحث هدف تعیین شده قابل دستیابی باشد.

ثالثا، امکان تجزیه و تحلیل پدیده­ها و رفتار متعارف اقتصادی و داوری درباره واقعیت­ها و عینیت­های اقتصادی را فراهم سازند. (عیوضلو،1387).

در ادامه اصول حاکم بر بانکداری اسلامی که از آیات و روایات توسط فقها و عالمان دین تایید و تاکید شده­اند شرح می­دهیم.

**2-4-1 نفی غرر**

از جمله قواعدی که فقیهان در بررسی معاملات به ویژه معاملات جدید و ابزارهای مالی معاصر به آن توجّه می کنند، قاعده فقهی «نفی غرر» به صورت مطلق یا «نفی بیع غرری» به صورت خاص است. بررسی سند و دلالت این قاعده فقهی و بیان حدود و گستره آن، راهنمای مناسبی برای استنباط احکام معاملات است و توجّه به آن برای عموم محقّقان اقتصاد اسلامی به ویژه کسانی که در طرّاحی معاملات جدید و ابزارهای مالی نو برای بازار پول و سرمایه، کار می کنند ضرورت دارد.

مدرک اصلی قاعده نفی غرر، حدیث معروف «نهی النبی عن بیع الغرر» است. امام خمینی رحمه الله در بحث «اعتبار قدرت بر تحویل عوضین در خرید و فروش» از شیخ انصاری نقل می کند: ظاهر فقیهان شیعه این است که آنان به اتّفاق برای استدلال قاعده به این روایت استناد می کنند(شیخ انصاری، 1378، 187).

قاعده غرر عبارت است از این­که: « هرگاه کسی شخص دیگری را فریب دهد و موجب تلف شدن مال او بشود مثلا به­جای مالک ملک دیگری را بفروشد باید از عهده ضرر شخصی که فریب خورده برآید»(شهابی، 1341، 93).

امام خمینی رحمه الله روایت دیگری را که از امیر المؤمنان علیه السلام نقل شده و بر نفی غرر دلالت می کند، می آورد:

از حضرت علی علیه السلام درباره فروش ماهی در نیزار، شیر در پستان، پشم در پشت گوسفندان پرسیده شد، حضرت فرمود: «هذا کلّه لایجوز، لانه مجهول غیر معروف یقلّ و یکثر و هو غرر؛(شیخ انصاری، 1378، 173) هیچ کدام از این ها جایز نیست؛ زیرا مجهول و ناشناخته و قابل کم یا زیاد شدن است و این غرر است.

**کاربرد غرر**

الف. گاهی وثوق و اطمینان به وجود آمدن چیزی را نداریم مانند حمل حیوانات، میوه درختان و ... چون ممکن است اینها به­وجود نیایند و خرید و فروش آن­ها غرری است.

ب. گاهی کالایی موجود است ولی اعتماد به امکان تسلیم و تسلم و قبض و اقباض آن نداریم مانند فروختن ملکی که از دست مالک خارج شده است، مانند فروختن ماهیان دریا، پرندگان دریا و...

پ. گاهی هرچند کالایی موجود و در دسترس است ولی نمی­دانیم که قابلیت معامله دارد یا نه؟ واجد شرایط و اوصاف لازم برای معامله است یا نه؟(محمدی، 1374، 68).

**2-4-2 اصل لزوم در عقود**

اصل لزوم یا اصاله­اللزوم یکی از قواعد فقهی در باب معاملات و معاهدات است این قاعده در حقوق، ماده 219 قانون مدنی را تشکیل می­دهد که در صورت تردید در لزوم معامله یا معاهده مورد استناد قرار می­گیرد،بدین معنا که هرگاه در لازم یا جایز بودن عقدی تردید شود بنا را بر لزوم آن می­گذارند و نیز در صورت شک در این­که عقد واقع در خارج، از نوع عقد جایز است یا عقد لازم، بنابر لزوم آن است، پس هرگاه عقد به طور صحیح واقع شود مقتضای قاعده لزوم آن است مگر این­که به دلیل خاص حق خیار ثابت گردد. کاربرد اصل لزوم منحصرا در عقود عهدی(نه اذنی) است، اعم از این­که این عقود تملیکی باشند مانند بیع و اجاره یا غیر تملیکی باشند مانند نکاح (بجنوردی، 1363، 166).

در خصوص ادله قرآنی اصل لزوم در عقود، بر آیاتی استناد شده است که مهمترین آنها آیه شریفه« یا ایهاالذین آمنو اوفوا بالعقود و ...»(مائده،1)است.«ای اهل ایمان هر عهد که با خدا و خلق بستید البته به عهد وپیمان خود وفا کنید و ...». این آیه بیان می­کند که وفای به تمام قراردادها بر مسلمانان واجب است.(محمدی، 1374، 282).

اوفوا امر حاضر از ایفاء به معنای تمام و کمال عمل کردن است و «وفی بعهده» و «اوفی‌به» به یک معناست(فاضل مقداد، 1371) و عقد عبارت است از عهد موثق و مشدد بین دو طرف که براساس آن طرفین متعهد و ملتزمند.(محقق اردبیلی، 462).

مراد از آیه شریفه، چهار قول از شیخ طبرسی نقل شده است که یکی از «آن­ها عقود رایج میان مردم از قبیل عقد بیع، عقد نکاح و عقد عهد و ... است».

یکی دیگر از دلایل قاعده اصل لزوم روایت نبوی « لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه: یعنی تصرف در مال هیچ مسلمانی حلال نیست مگر به دلخواه و خشنودی او. این روایت لزوم معاملاتی که در آن انتقال مالی ار یکی به دیگری است مانند بیع اجاره و ... را می­رساند.

روایت نبوی دیگر، روایت:« الناس مسلطون علی اموالهم» است که شیخ انصاری درباره این روایت اینگونه بیان می­کند که مقتضای سلطنتی که توسط شارع امضاء شده این است که گرفتن مال از مالک بدون رضایت او جایز نیست(محمدی، 1374،281).

**2-4-3 نفی اکل مال به باطل**

مال, (قوام) زندگى است واگر درست از آن استفاده شود، منشأ خیر و سعادت براى انسان مى گردد و اگر ناصحیح و غیر مشروع به کار گرفته شود, موجب هلاکت ونابودى خواهدبود.ازاین روى, استفاده هاى ناروا و تصرفات ظالمانه و غاصبانه در اموال و از بین بردن حقوق دیگران, معاملات ضررى و غررى, رشوه, ربا و در یک کلام (اکل مال به باطل) به معناى عام و وسیع آن , سبب هلاکت و نابودى مردم و از هم گسستگى جامعه اسلامى است.

آمدن جمله: (ولا تقتلوا انفسکم) در ذیل آیه: (لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل1), اشاره اى گویا به همین واقعیّت است(علامه طباطبایی، جلد4،320) در منابع اسلامى, به موازات تاکید بر اصل تحقق عدالت اجتماعى ونقش آن در حیات سالم و رسیدن انسان به کمال, بر بهره گیرى صحیح از اموال, به عنوان وسیله اى براى رسیدن به هدف, تاٌکید شده است و حرکتهاى ناسالم اقتصادى و اجحافها و برخوردهاى ظالمانه و دغل کارانه, مردود شمرده شده اند و اکل مال به باطل.

آیاتِ مورد نظر را به اختصار, بررسى کنیم, تا جایگاه و مفهوم این اصل, به خوبى روشن شود:

ولا تاٌکلوا اٌموالکم بینکم بالباطل وتدلوا بها الى الحکام لتاکلوا فریقاً من اموال الناس بالاثم وانتم تعلمون(بقره، 188).

اموال یکدیگر را به ناشایست نخورید و آن را به رشوت, به حاکمان ندهید, تا بدان سبب, اموال گروه دیگر را به ناحق بخورید و شما خود مى دانید.

یا ایها الذین آمنوا لاتاٌکلوا اموالکم بینکم بالباطل, الاّ ان تکون تجارة عن تراض منکم ولا تقتلوا انفسکم انّ اللّه کان بکم رحیماً(نساء، 29).

اى کسانى که ایمان آورده اید, اموال یکدیگر را به ناحق نخورید, مگر آن که تجارتى باشد که هر دو بدان رضایت داده باشید و یکدیگر را مکشید. هر آینه, خداوند با شما مهربان است.

یا ایها الذین آمنوا انّ کثیراً من الاحبار والرهبان لیاٌکلون اموال الناس بالباطل ویصدون عن سبیل اللّه والذین یکنزون الذهب والفضّته ولا ینفقونها فی سبیل اللّه فبشرهم بعذاب الیم(توبه،34).اى کسانى که ایمان آورده اید, بسیارى از حبران و راهبان (دانشمندان) یهود و نصارى) اموال مردم را به ناحق مى خورند و دیگران را از راه خدا باز مى دارند و کسانى که زر و سیم مى‌اندوزند و در راه خدا, انفاقش نمى کنند, به عذابى دردآور, بشارت ده.

گرچه موارد این آیات و شأن نزول آنها یکسان نیستند و تفاوت دارند و همان گونه که مفسران گفته اند: آیه اوّل بیشتر ناظر به حرمت رشوه خوارى و کارهایى است که موجب مى‌گردد قاضى به نفع یکى از دوطرف دعوا به ناحق حکم کند و آیه دوم اشاره دارد به ربا و رباخوارى و معاملات حرام و فاسد. در آیه سوّم, زورگویى و غصب و تزویر راهبان و احبار, مطرح است.

با این حال, در دو نکته اشتراک دارند:

بر همه آن موارد (باطل) اطلاق شده است. علاوه بر این, در آیات دیگرى, (اکل مال به باطل) بر رباخوارى، خوردن مال یتیم(نساء، 2) غصب(توبه،34)و ... اطلاق شده است.

در هر سه آیه, با صراحت و روشنى (اکل مال به باطل), نهی و مذمت شده است. (اسماعیلی،1391).

هرنوع تصرف و تملک اموال دیگران که از دیدگاه عرف اکل مال به باطل باشد از نظر شرع حرام خواهد بود.

**2-4-4 نفی ضرر**

یکی از قواعد و قوانین و احکام کنترل کننده­ی فعالیت­های اقتصادی که از آزادی­های ناروای آن جلوگیری می­کند، قاعده «لاضرر» است. این قاعده به صورتی عامف ناظر بر احکام اولیه است. یعنی حتی اگر برخی از فعالیت­ها که در شرایط عادی مفید و ثمربخش است، در شرایط خاص، به هر دلیلی زیان بخش گردد، بر مبنای این قاعده ممنوع می­گردد.

بدیهی است هر عملی که موجب ضرر برخود یا دیگران شود، از دایره عدالت خارج می‌باشد، چرا که باعث تضییع حقوق دیگران و در نتیجه ظلم به آنها می­باشد. در اسلام احکامی که برای مکلف ضرر ایجاد کند یا به ضرر منجر شود تشریع نمی­شود، همچنین احکامی که موجب ضرر به دیگران شود مورد تایید شارع نمی­باشد.(غفوری­نژاد، 1387).

شاید مهمترین دلیل بر حجیت این قاعده، قول پیامبر اکرم(ص) در موارد مختلفی باشد که فرمود: « لاضرر و لاضرار فی­الاسلام » ازجمله نقل شده است که سمره­بن جندب درختی خرما در باغی داشت که مردی انصاری همراه با خانواده­اش در مدخل آن باغ سکونت داشت. سمره به بهانه سر زدن به درخت خود هر زمان که می­خواست، بدون اطلاع و اجازه وارد باغ می­شد باعث آزار و اذیت خانواده مرد انصاری می­شد درخواست مرد انصاری از او برای اطلاع دادن و اجازه خواستن به جایی نرسید، لذا وی موضوع را به عنوان شکایت به پیامبر اکرم(ص) عرض کرد. ایشان نیز از سمره خواستند بدون اجازه وارد باغ نشود ولی او نپذیرفت. چندین برابر درخت خرما، در عوض آن درخت در مکان­های دیگر مدینه به او پیشنهاد دادند ولی باز هم نپذیرفت، پیامبر اکرم(ص) درختی را در بهشت را ضمانت دادند، ولی بازهم نپذیرفت. اینجا بود که پیامبر(ص) فرمود: تو مردی ضررکاری و به مرد انصاری فرمود: ارهب فاقلعها و ارم­ها الیه فانه لاضرر و لاضرار(حرعاملی، وسائل­شیعه، ج17، 341).

برو درخت را از زمین درآور و به سوی او بیانداز، پس به درستی که ضرر زدن و متضرر شدن (در اسلام) نمی­باشد. امام خمینی(ره) می­فرماید: «مقتضای معنایی که ما از حدیث داستان سمره بن جندب نقل کردیم، ممنوعیت ضرر و ضرار بر مردم یا مومن است»(امام خمینی،تحریرالوسیله،63).

بنابر این روایات، حدود مالکیت وتسلط فردی در اسلام معین شده است و حتی در مواردی که با وسیله صحیح و عادلانه حقی خصوصی کسب شده باشد یا مالکیت شخصی تحقق یافته باشد، این حق مالکیت تا آنجا محترم دانسته شده است که منجر به ضرر و زیان و به زحمت افتادن افراد دیگر یا جامعه نگردد. مثلا احیاء موات، احداث قنوات، ایجاد کارخانجات و ... با تمام اهمیتی که دارد، اگر موجب ضرر و زیان باشد ممنوع بوده و از ان جلوگیری می­شود.

**2-4-5 اصل العقود تابعه للقصود**

آیت­الله مکارم شیرازی برای این قاعده سه معنی ذکر کرده است: **اولا همچنان که** در شرایط عقد وجود دارد عقد بدون قصد تحقق پیدا نمی­کند یعنی عقد کسی که خوابیده یا مست است یا ... صحیح نیست چون قصدی ندارد.

ثانیا: عقد تابع قصد است یعنی نیازمند ایجاب و قبول، عوض و معوض و سایر ارکان عقد است تا تحقق پیدا کند.

ثالثا: معنای سوم که صحیح­تر است اینکه بعد از این­که قصد عقدی انجام شد آن عقد در خارج تحقق پیدا می­کند.

این قاعده از نظر حقوقی تعاریف متعددی دارد. شیخ انصاری قصد را به صورت علمی تعریف نکرده ولی در برخی موارد عقودی که به علت نداشتن قصد باطل دانسته را برشمرده مثلا بیان کرده: ازجمله شرایط طرفین عقد این است که معنای عقدی که به زبان می­­آوردند را قصد کرده باشند(محمدی، 1374، 300).

همچنین آمده که قصد در تحقق عقد موثر است یعنی قصد عقد را به وجود می­آورد و نبود قصد باعث بطلان عقد می­شود و به تعبیر دیگر معنای این قاعده این است که عقد وجودا و عدما تابع قصد است. به طور خلاصه مفاد حقوقی این قاعده این است که عقد با قصد به وجود می­آید و بدون قصد به وجود نخواهد آمد(محمدی، 1374، 301).

**2-4-6اصل ثبات مالکیت یا اصل تبعیت نما از اصل**

براساس دیدگاه اسلام و احکام مشهور فقهی مالکیت هرگونه نماء یا رشد متصل و منفصل حاصل در مال در طول فعالیت اقتصادی ازآن کسی است که مال متعلق به اوست، برای مثال مالکیت بذر و نهال، مالکیت زراعت و درخت تولید شده از آن دو را به دنبال دارد(عیوضلو،1385).

براین مبنا مالکیت ارزش افزوده حاصل در مال به صورت افزایش طبیعی قیمت مال و یا نماء یا ضرر حاصل در سرملیه مشارکتی ازآن دارنده سهم است. به همین ترتیب مالکیت هرگونه نماء حاصل در مال قرضی ازآن قرض­گیرنده است و نه قرض دهنده.

این اصل کاربرد زیادی در نظام مالی اسلامی دارد و در واقع علت حرمت ربا در عقد قرض و جواز مشارکت در سود و زیان در عقد مشارکتی به همین اصل مرتبط است(عیوضلو،1385).

**2-4-7 مکاسب محرمه**

مقصود از اشتغال به مکاسب محرمه، پرداختن به اموری است که عمل به آن­ها و یا مصرف موضوع فعالیت آن­ها به نحوی موجب عدم استمرار حیات شده و به نوعی مخل حیات طبیعی (فردی یا اجتماعی) باشد. در این ارتباط، فعالیت­های متنوع و نه­گانه تولیدی و تجاری که در ذیل آمده است و پرداختن به آن­ها حرام می­باشد، از مقوله مکاسب محرمه می‌باشند.

خرید و فروش اشیاء مضر مانند مواد مخدر و اشیای نجس و ­آلوده.

خرید و فروش آلات و ادوات حرام و تمام وسایلی که انحصارا در خدمت کارهای نامشروع هستند.

خرید و فروش اجناس حلالی که از آن­ها در راه ضرر و زیان به جامعه استفاده می­شود مثل فروش انگور به کارخانه مشروب سازی.

خرید و فروسش اشیایی که باعث تقویت دشمنان خدا و دشمنان خلق خدا می­شود مانند فروش اسلحه به کفار.

همکاری و کمک به ظالمان و ستمگران و جزء دستگاه و تشکیلات آن­ها بودن.

تیلیغات مضر و زیان بخش.

تقلب و ساختن جنس تقلبی و خرید و فروش آن­ها.

گرفتن رشوه برای باطل نمودن حق و یا احقاق باطل.

احتکار و ذخیره کردن مواد غذایی مورد نیاز مردم.

همانطوری که ملاحظه می­شود، مکاسب محرمه شامل مبادلاتی است که بعضی از آن­ها تجاوز به حق جامعه و بعضی از آن­ها تجاوز به حق فردی و بعضی تجاوز به حق فرد و جامعه می­باشد و بدیهی است به مقدار تجاوزی که به حقوق افراد می­شود، از شفافیت بازارها کاسته و جریان اطلاعات مورد نیاز را با مشکل مواجه می­نماید. براین اساس و قاعدتا درآمدهایی که ناشی از اکل مال به باطل است مورد حرمت قرار دارد(سبحانی، 1380).

با توجه به مطالبی که گذشت و حرام بودن اشتغال به مکاسب محرمه قرارداد بستن با این موضوعات نیز دارای اشکال است.

**2-4-8 ریسک و بازده**

ریسک عدم اطمینان درباره وضعیت اقتصادی است(آبرول و شراما، 2003، 892).

چینیان ریسک را با دو علامت خطر و فرصت تعریف می­کنند. ریسک در حوزه سرمایه‌گذاری مربوط به جریان­های نقدی آتی است. ریسک سرمایه­گذاری، احتمال وقوع بازده واقعی به غیر آنچه که انتظار می­رود، است. بنابراین هر اندازه تغییرپذیری نتیجه­ها بیشتر باشد، سرمایه­گذاری، ریسک­دارتر خواهد بود(راعی و تلنگی،1387، 114).

قرآن کریم در چند آیه به ریسک در تلاش­های انسان صحه گذاشته و تصمیم­گیری وی را جایز می­شمارد.

«و اینکه برای انسان بهره­ای جز کوشش وی نیست \* و اینکه کوشش وی در آینده دیده می­شود»(نجم، 39، 40).

گرچه آیه­های پیش­گفته به قرینه پیش و بعد ناظر به کوشش­های انسان برای امور آخرت است اما با این حال چون براساس حکم مسلم عقلی است، می­توان نتیجه آن را تعمیم داد و کوشش­های دنیا را نیز مشمول آن دانست(مکارم شیرازی، 1374، 553) وچنین برداشت کرد که لزوما تمتم کوشش­های انسان در وضعیت اطمینان کامل نیستند، به این صورت که وی پاداش یا زیان نتیجه کوشش خود را در هنگام انجام ان مشاهده کند، بلکه این پیامدها در هاله‌ای از جهل و ابهام برای انسان وجود دارد و وی است که باید براساس عقل و به­کارگیری تجربه نیک از بد تشخیص داده و در همین فضای عدم اطمینان تصمیم بگیرد.

روایتی از پیامبراکرم(ص) که به موضوع توکل که نمادی از ریسک است نقل شده است:

«هنگامی که بادیه نشین عرب، پای شتر خود را نبسته بود و ان را بدون بستن رها ساخته بود و این کار ار نشانه توکل بر خدا می­دانست، پیامبر به وی فرمودند:«اعقلها و توکل» یعنی پایش را ببند و توکل کن»

آیه دیگری که مقصود ما را بهتر بیان می­کند و چه بسا با مفهوم­های مالی و سرمایه­گذاری همگرایی بیشتری داشته باشد، آیه 188 سوره اعراف است. خداوند متعال در این آیه به پیامبر می­فرماید:

«و اگر از غیب با خبر بودم، سود فراوانی برای خود فراهم می­کردم، و هیچ بدی (زیانی) به من نمی­رسید ...»(اعراف، 188).

واژه غیب در این آیه کریمه دلالت بر عدم آگاهی و اطمینان نسبت به وضعیت آینده دارد، به این معنا که هر آنچه از افزایش سود یا کاهش زیان بیان می­شود همگی براساس پیش‌بینی و پیش­گویی مبتنی بر معلومات اجمالی تصمیم­گیرنده است. آیه پیش­گفته بیانگر فرضیه عدم اطمینان در حوزه سرمایه­گذاری است(دنیا، 2002، 50).

**2-4-9 نفی اتلاف**

در تفکر اسلامی، چون انسان و اموال او، امانتی از جانب خداوند است انسان در استفاده از این اموال آزادی مطلق ندارد، تا چه رسد به این­که مال، مال ازآن کس دیگر باشد. زیرا از عدالت به دور است که فردی با اتلاف مال، دیگران را از دستیابی به آن محروم نماید. بنابراین در آموزه­های اسلامی، قاعده اتلاف یکی از قواعد عمده فقهی است که در بسیاری از موارد بر مبنای آن فرد را مجبور می­سازند تا نسبت به آنچه در دست داشته و احیانا تلف کرده و یا سبب تلف ان شده است پاسخ­گو باشد و آن را جبران نماید و همین ضامن بودن فرد در قبال آنچه تلف کرده است، باعث می­شود تا نسبت به رعایت مسائل اقتصادی، در حقیقت نوعی از عدالت اقتصادی را مدنظر داشته باشد.

بر مبنای این قاعده هرگاه شخصی، با واسطه یا بدون واسطه، مال شخص دیگری را تلف نماید در برابر صاحب آن ضامن و مسوول است بدل از آنچه تلف کرده چیزی را(مثل یا قیمت) به صاحب آن مال تلف شده بدهد.

مرحوم شیخ انصاری می­فرماید:«هرگاه مبیع را تلف نماید، چنانچه مثلی باشد، واجب است مثل آن را بدهد و در این حکم کسی اختلاف ندارد»(انصاری، مکاسب، ج7، 198).

محقق حلی در کتاب وصیت می­فرماید: «وصی امین است ولی در صورتی که به دلیل مخالفت کردن با شرط وصیت یا بر اثر تفریط باعث تلف مال مورد وصیت شود ضامن است»(شرایع­الاسلام،483).

**2-4-10 نفی ربا**

یکی از فعالیت­های اقتصادی که در شرع اسلام به شدت از آن منع گردیده و بدین وسیله آزادی­های اقتصادی کنترل و محدود می­شود، رباخواری است.

ربا در لغت به معنای زیاد شدن و رشد کردن است(ابن منظور، لسان­العرب،ج 14، 304).

در اصطلاح به معامله­ای گفته می­شود که با شرایطی، یک طرف زیادتر باشد. مثل این­که کسی یک­صد من گندم را به یک­صد و ده ­من گندم، معاوضه کند. البته هرگونه زیادتی حرام نمی­باشد بلکه ربای حرام بر دونوع است:

**یک: ربای قرضی:**

مثل این­که کسی مبلغی پول یا کالا به دیگری قرض دهد و شرط کند پس از پایان مدت، بیش از آنچه داده بگیرد(امام خمینی،تحریرالوسیله، 653).

**دو: ربای معاملی:**

این نوع ربا در گذشته که مبادله کالا با کال رواج داشت، بیشتر بود. لذا بخش مهمی از مباحث ربا در کتاب­های فقهی به آن اختصاص دارد. اکنون که بیشتر معاملات به صورت پولی است، ربای معاملی کمتر مطرح می­شود، در عین حال در بعضی موارد جریان پیدا می­کند. و آن عبارت است از فروش یکی از دو جنس متماثل به مثل آن، به همراه مقدار زیادی، در صورتی که اجنای مکیل یا موزون باشند، مثل این­ک ه یک من گندم را با یک من گندم معاوضه کند به شرط انجام کاری علاوه بر آن(امام خمینی، تحریرالوسیله،538).

**2-4-11 نفی حیله برای فرار از احکام شرعی**

به طور یقین **مقصود خداوند متعال از** تشریع ضوابط عمومی قرادادها، (ممنوعیت معاملات غرری، ضرری، ربوی و معاملات منتهی به اکل مال به باطل) این نبود که افراد با انجام تغییرات ظاهری، مفاد و محتوای آن ضوابط را زیر پا گذارند، بلکه مقصود، تشریع ضوابط اساسی سامان دادن نظام اجتماعی انسان­ها بود و این در گرو عمل واقعی به احکام اسلام و پایبندی واقعی به آن­ها دست می­یابد.

**تعریف حیله:**

یک: حیله تلاش برای قلب برخی احکام ثابت شرعی به احکام دیگر به واسطه فعلی که در ظاهر صحیح ولی در باطن لغو است، اعم از اینکه حکم تکلیفی یا وضعی باشد(الشاطبی، 1422، 306).

دو: حیله توسل به راه­های مباح برای انجام فعل حرام یا اسقاط واجب یا ابطال حق یا اثبات باطل است(بن قدامه،1420،ج4، 179).

**حیله برای فرار از حکم ربا**

حیله برای فرار از حکم ربا از مباحث جدی و مهم میان فقیهان بوده است. و فقیهان بزرگی چون سید مرتضی، محقق بهبهانی و امام خمینی(ره) حیله­های ربا را حرام دانسته وبه شدت با آن­ها مخالفت کرده­اند. البته برخی از علما هم در مواردی حیله ربا را مجاز دانسته اند(موسویان، 1386).

تعریف حیله ربا: حیله ربا عبارت است از انجام عملی برای خارج کردن مورد معامله از موضوع ربا، تا حکم حرمت و ممنوعیت ربا شامل آن نشود(موسویان،1386، 169)

برای مثال کسی که قصد دارد مبلغ یک میلیون تومان را به شرص صدهزار تومان زیاده قرض دهد، به جای این کار، در کنار اعطای قرض بدون زیاده، کالایی را که به هزار تومان می­ارزد به صد هزار تومان می­فروشد.

**ادله ممنوعیت حیله­های ربا**

**یک:مخالفت با علت و حکمت تحریم ربا**

امام خمینی در این باره بیان مفصلی دارند که خلاصه آن چنین است: حیله­های ربا نمی‌توانند موضوع ربا را از تحت علت­هایی که در کتاب و سنت برای تحریم ربا ذکر شده است، مانند ظلم، فساد اموال و تعطیلی تجارت خارج سازند. برای مثال، اگر فرض شود قرض یک ساله با بهره بیست درصدی ظلم است، توسل به حیله و فروش نسیه صد دینار به صدوبیست دینار نیز ظلم خواهد بود. اگر فروش گندم به دو برابر آن به صورت نسیه ظلم و فساد اموال است، خردمندانه نیست که بگوییم با ضمیمه کردن یک دستمال، ظلم و فساد از بین می­رود.

اگر حیله به این آسانی باعث جواز رباخواری می­شد، چرا رسول خدا(ص) که پیامبر رحمت بود، این نکته را به مسلمانان یاد نداد، تا بدین وسیله امت خویش را از افتادن در دام چنین حرامی مانع شود که اعلان جنگ با خدا ورسولش(ص) محسوب گردد و گناه درهمی از آن از هفتاد مرتبه زنا با محرم بزرگتر است؟

برعکس می­بینیم رسول خدا(ص) به فرماندار خود در مکه می­نویسد: اگر رباخواران دست از رباخواری برنداشتند، با آنان جنگ کن. اگر ربا گرفتن با توسل به حیله، به سادگی جایز بود و تنها نیاز به این بود که شیئی به یک طرف ضمیمه گردد یا لفظ تغییر داده شود، چه حاجتی به زحمت جنگ و ریختن خون مسلمانان بود؟ بلکه بر رسول خدا(ص) واجب بود که به خاطر حفظ خون مسلمانان، طریق حیله را به آنان بیاموزد(امام خمینی،1379،ج 2، 410).

**دو: عدم قصد جدی بر انجام معامله**

گروهی از فقیهان براین باورند که در موارد حیله­های ربا قصد جدی معامله وجود ندارد. آیت الله مکارم شیرازی در تبیین این دلیل بیان مفصلی دارند که خلاصه آن چنین است؛ فرض کنید رباخواری با ضمیمه کردن یک سیر نبات یا یک هبه قند یا یک قوطی کبریت، هر روز هزاران تومان سود می­برد و وام گیرنده نیز به ناچار به این صحنه سازی تن در می­دهد. آیا به راستی هیچ­کدام از آن­ها قصد جدی روی این معاملات دارند؟ چه کسی قوطی کبریت دو ریالی را به دو هزارتومان می­خرد؟

خلاصه اینکه نمی­توان باور کرد، تقریبا در هیچ یک از موارد حیل ربا، قصد جدی وجود داشته باشد، و همه می­دانیم که یکی از شروط اصلی صحت معاملات قصد جدی معامله است(شهید ثانی، 1413، ج 3، 332).

**سه: عدم فرق عرفی بین ربا و حیله­های آن**

برخی از فقها معتقدند: عرف و عقلا بین حیل ربا و خود ربا فرق نمی­بینند و همان­طور که آیات و روایات ربا را ناظر بر خود ربا می­دانند.، آن­ها را بر حیله­های ربا نیز ناظر می­دانند. به عبارت دیگر به عبارت دیگر عرف در موارد حیل ربا گرچه عنوان حیله را هم صوری نداند و آن را واقعی بپندارد، اما این مطلب را مانع از صدق عنوان ربا نمی­بیند، پس حیله ربا دو عنوان مثلا بیع و ربا را باهم خواهد داشت. در چنین صورتی احکام بیع و ربا بر آن مترتب خواهد بود(مظاهری،1378، ج 25، 82).

**چهار: روایات نهی­کننده از حیله­های ربا**

گروهی از علما برای تحریم حیله­های ربا به روایات استناد می­کنند. پیامبر اکرم(ص) و ائمه معصومین(ع) در روایات متعددی ازجمله ربا نهی کرده یا به بطلان معامله حکم کرده­اند.

یک: سیدرضی در نهج­البلاغه از امام علی(ع) نقل می­کند که فرمود:

رسول خدا (ص) به من فرمودند:«ای علی! زود باشد که این مردم با اموالشان آزمایش شوند، پس حرام­های الهی را با توسل به شبهات دروغین و هواهای گمراه کننده حلال شمارند خمر را به اسم نبیذ و رشوه را به نام هدیه و ربا را به عنوان بیع، حلال کنند»

(شیخ حر عاملی، 1413، ج 18، 163).

دو: روایت پیامبر: آنگاه که مردم بر دینار و درهم بخل ورزند و معامله عینه بین آنان رواج باید و جهاد را واگذارند و در پی گاوان روان شوند(به جای جهاد به کشت و زرع مشغول شوند) خداوند آنان را به ذلتی دچار خواهد ساخت که از آن رهایی نیابند، مگر وقتی که توبه کنند و به سوی دین خود بازگردند(تحریرالوسیله، ج ا، 42).

اصول حاکم بر بانکداری اسلامی به صورت جدولی برای بررسی عقود اسلامی در زیر ارائه شده است.

جدول 2-4اصول حاکم بر بانکداری اسلامی

|  |
| --- |
| **اصول حاکم بر بانکداری اسلامی** |
| نفی غرر |
| اصل لزوم در عقود |
| نفی ضرر |
| اصل­العقود تابعه­اللقصود |
| اصل تبعیت نما از اصل |
| نفی اکل مال به باطل |
| مکاسب محرم |
| نفی اتلاف |
| نفی ربا |
| نفی حیله برای فرار از احکام شرعی |

منبع: محقق

**منابع**

1. **قرآن کریم**
2. **نهج­البلاغه**
3. اباذري، منصور، 1384، **نحوه عملي تنظيم قراردادها**، چاپ پنجم، تهران، انتشارات بهنامي.
4. ابن خلدون، عبدالرحمن، 1359، **مقدمه ابن خلدون**، ترجمه محمد پروین گنابادی، تهران، انتشارات بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
5. ابن منظور، محمد بن مکرم، 1405، **لسان­العرب**، قم، نشر ادب الحوزه.
6. بجنوردی، سید محمد حسن، 1372، **القواعد الفقیهه**، تهران، چاپ دوم، میعاد.
7. بهمن پور، محسن، 1385، **عقود اسلامی در نظام بانکداری بدون بهره**، تهران، وزارت اقتصاد و دارایی.
8. توتونچیان، ایرج، 1375، **اقتصاد پولی و بانکداری**، تهران، موسسه تحقیقات پولی و بانکداری.
9. جعفری لنگرودی، 1363، دکتر محمد جعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم.
10. حرعاملی، محمدبن حسن، 1409، **وسائل­الشیعه**، قم، موسسه آل البیت.
11. حسن­زاده، علی، 1386، **کارایی و عوامل موثر بر آن بر نظام بانکی ایران**، جستارهای اقتصادی، شماره 7.
12. شهیدی، مهدی، 1377، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران، نشر حقوقدان.
13. صدر، سید محمدباقر، 1357، **اقتصاد ما**، بررسی­هایی درباره مکتب اقتصادی اسلام، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
14. عیوضلو، حسین، 1387، **اصول و مبانی نظام پولی در اقتصاد اسلامی**، فصلنامه علمی و پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال هشتم، شماره 29.
15. راعی رضا و تلنگی، احمد، 1387، **مدیریت سرمایه­گذاری پیشرفته**، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم.
16. شیخ طوسی، 1407، **کتاب الخلاف**، قم، موسسه نشر اسلامی.
17. خوانساری، شیخ موسی، 1373، **رساله در قاعده نفی ضرر**، مکتب المحمدیه، تهران.سبحانی، جعفر، 1415، رسائل­المرجع، قم، موسسه امام صادق(ع).
18. شیخ انصاری، سید مرتضی، 1410ق، **کتاب المکاسب**، بیروت،موسسه النعمان.
19. شهید اول، محمد بن حسن، 1208ق، **قواعد**، قم، چاپ سنگی.
20. خوئی، سیدابولقاسم، 1416، **صراة النجاة**، قم، مکتب نشر المنتخب.
21. طیبیان، رضا، 1384، **قرارداد قرض­الحسنه و تاثیرش در اقتصاد اسلامی**، مجموعه مقالات شانزدهمین همایش بانکداری اسلامی.
22. جندقی میبدی، فرشته، 1387، **رابطه عقود اسلامی در سیستم بانکی با کاهش فقر**، دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه فردوسی مشهد.
23. جمشیدی،سعید، 1390، **بانکداری اسلامی**، چاپ اول، تهران، انتشارات گپ.
24. شهابی، محمود، 1341، **قواعد فقه،** بی­جا، نشریات فربد، ج5.
25. دنیا، شوقی احمد، 2002، نظرات اقتصادی فی­الاسلام، جده، بانک اسلامی، چاپ اول.
26. صدر، کاظم، 1362، احتکار از دیدگاه فقه و اقتصاد، تهران.
27. عمید، حسن، 1363، **فرهنگ فارسی عمید**، تهران، امیرکبیر.
28. شعبانی، احمد، 1369، **سیستم­های پولی**، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه امام صادق(ع).
29. علامه طباطبایی، سید محمدحسین، 1376، **تفسیر المیزان24**، نرجمه سید محمد باقر موسوی همدانی.
30. غزالی، امام محمد، 1402ق**، احیاءالمعلوم­الدین**،4، بیروت، دالرلمعرفه.
31. کرمی،محمدمهدی، پورمند، محمد، 1387، **مبانی فقهی اقتصاد اسلامی**، چاپ نهم، قم، انتشارات سمت.
32. کوتر، رابرت، 1388، **حقوق واقتصاد**، يدالله دادگر، چاپ چهارم، تهران، انتشارات پژوهشکده اقتصاد.
33. موسوی الخمینی، سید روح­الله، **کتاب البیع**، قم،چاپ مطبع­المهر.
34. موسوی­الخمینی، سیدروح­الله، 1416، **تحریرالوسیله**، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
35. مکارم شیرازی، ناصر، 1376، **تفسیر نمونه**، قم، دارالکتب اسلامیه، چاپ پانزدهم.
36. محمدی ری شهری، محمد، 1363، **میزان­الحکمه،** قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
37. محمدی، ابوالحسن، 1374، **قواعد فقه**، تهران، موسسه نشر یلدا، جلد 3.
38. نجفی، محمد حسن­ بن باقر، بی­تا، **جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام**، بیروت، داراحیاء الترات­العربی، چاپ هفتم.
39. محمودی گلپایپانی، 1384، **مبانی فقهی نظام مشارکت در بانکداری بدون ربا،** هفدهمین همایش بانکداری اسلامی.
40. مطهری، مرتضی، 1367، **ربا بانک بیمه**، قم، انتشارات صدرا.
41. مجلسی، محمد باقر، 1404، **بحارالانوار**، بیروت، موسسه الوفا.
42. موسویان، سیدعباس، 1381، **آثار اقتصادی جایگزین نظام مشارکت به جای نظام بهره**، تهران، فصلنامه اقتصاد اسلامی، شماره 5.
43. موسویان، سید عباس، 1385، **بانکداری بدون ربا تا عمل، مجله اقتصاد اسلامی**، سال پنجم، شماره هفدهم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه.
44. موسویان، سیدعباس، 1386، **ابزار مالی اسلامی صکوک**، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، چاپ اول.
45. محقق داماد، سید مصطفی، 1363، **قواعد فقه**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ج 9.
46. نوری، حسین، اقتصاد اسلامی، 1366، جلد سوم، دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
47. هدایتی، سید علی اصغر و همکاران، 1375، **مجموعه مقالات هفتمین همایش بانکداری اسلامی**، تهران، موسسه عالی بانکداری.
48. هدایتی، علی، صفری، محسن، 1381، **عملیات بانکی\_ داخلی**، چاپ اول، تهران،انتشارات پژوهش.