Archive of SID

تحلیل فقهی حقوقی ماهیت و قلمرو قرارداد مرابحه (با رویکرد بانکداری بدون ربا)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۵/۳ تاریخ تأیید: ۱۳۹۵/۱۱/۱٤

سیدمحمدهادی قبولی درافشان*
سیدمحمدمهدی قبولی درافشان**

چکیده

در مورد قرارداد مرابحه این پرسش وجود دارد که آیا ماهیتش بیع است یا اینکه دیگر معاوضات نیز می‌تواند به صورت مرابحه منعقد شود؟ سؤال دیگر این است که آیا محدودیتی از نظر مورد مرابحه وجود دارد؟ این جستار با روشی توصیفی تحلیلی ضمن تبیین فقهی حقوقی ماهیت و قلمرو موضوعی مرابحه، مسئله را از دیدگاه مقررات ناظر به عملیات بانکی بدون ربا نیز بررسی نموده و ماهیت روابط حقوقی اعطای تسهیلات در قالب کارت‌های مرابحه را تحلیل نموده است.

یافته پژوهش این است که مرابحه اختصاص به بیع ندارد؛ موضوع آن نیز منحصر به اعیان نیست؛ بلکه مرابحه در مورد واگذاری منافع و خدمات نیز قابل استفاده است؛ مقررات بانکی فعلی مؤید این نتیجه است. انجام قرارداد مرابحه توسط بانک یا مؤسسه در پی صدور کارت مرابحه، از راه وکالت دارنده کارت در خرید از سوی بانک یا وکالت پذیرنده کارت در واگذاری کالاها و خدمات از سوی بانک قابل توجیه است. همچنین پیشنهاد شده که متن زیر به عنوان ماده ۳۴۱ مکرر به قانون مدنی افزوده گردد: «بیع و دیگر قراردادهای معاوضی ممکن است به روش مرابحه منعقد شود؛ روش مرابحه عبارت است از اینکه دارنده یک حق مالی قابل واگذاری ـ اعیان، منافع، خدمات ـ ضمن آگاه‌نمودن متقاضی حق، نسبت به سرمایه و هزینه‌هایی که برای به‌دست‌آوردن حق مصروف نموده، با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود، آن را از راه یکی از قراردادهای معاوضی و با رعایت احکام آن قرارداد به متقاضی واگذار نماید».

واژگان کلیدی: *قرارداد مرابحه، کارت مرابحه، عملیات بانکی، ربا، قرارداد بیع.*
طبقه‌بندی JEL: K1, K2, P4.

*. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد. Email: h.ghaboli@um.ac.ir.
**. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول). Email: ghaboli@um.ac.ir.

www.SID.ir

Archive of SID

مقدمه

یکی از مسائل مهم برای اقتصاد کشورهای اسلامی دوری‌جستن از رباست. بدیهی است فعالیت‌های اقتصادی سالم و بدون ربا مورد تأیید نظام حقوقی اسلام است؛ ولی مواردی که به ربا بینجامد نکوهش شده و مردود است. در این میان قالب‌های حقوقی که اشخاص در روابط حقوقی خویش برمی‌گزینند مهم بوده و در مسئله تأثیرگذار است. یکی از راه‌های حقوقی که می‌تواند برای شخص سودی را به دنبال داشته و از نظر حقوق اسلامی راهی معتبر محسوب می‌شود، قرارداد مرابحه است.

قرارداد مرابحه در متون روایی و پیرو آن در متون فقهی در بحث قرارداد بیع مطرح شده است. در واقع قرارداد بیع در متون فقهی (صدر، ١٤٢٧ق، ص٣٦٥/ شهید ثانی، ١٤١٠ق، ص٤٢٤/ محقق کرکی، ١٤١٤ق، ص٢٥٢/ علامه حلی، ١٤١٣ق، ص٥٦) بر اساس اینکه فروشنده در مقام تعیین ثمن به سرمایه و هزینه‌هایی که برای به‌دست‌آوردن مبیع صرف نموده اشاره نماید یا خیر و اینکه ثمن را بیشتر، مساوی یا کمتر از سرمایه و هزینه‌های خویش قرار دهد، به انواعی تقسیم نموده‌اند: چنانچه فروشنده، ثمن را بدون ذکر سرمایه و هزینه‌های خویش ذکر نماید، قرارداد بیع، «مساومه» نامیده شده است؛ چنانچه ثمن مساوی با سرمایه و هزینه‌ها تعیین شود، «بیع تولیه» نام دارد؛ اگر ثمن کمتر از موارد یادشده باشد، قرارداد بیع، «مواضعه» خواهد بود و چنانچه ثمن اعلام‌شده توسط فروشنده به مشتری عبارت از سرمایه و هزینه‌های صرف‌شده برای به‌دست‌آوردن مبیع به علاوه میزانی از سود باشد، قرارداد بیع «مرابحه» نام دارد. در کتب روایی (کلینی، ١٤٠٧ق، ص١٩٧-١٩٩/ صدوق، ١٤١٣ق، ص٢١٦/ طوسی، ١٤٠٧ق، ص٥٤-٥٩) نیز در قسمت روایات مربوط به بیع، روایات درباره مرابحه بیان شده و یا بابی با عنوان بیع مرابحه بدان اختصاص یافته است.

حال سؤالی که مطرح است این است که آیا مرابحه فقط اختصاص به بیع دارد یا اینکه همه قراردادهای معاوضی می‌تواند به صورت مرابحه صورت گیرد؟ پرسش بااهمیت دیگر در همین راستا این است که اگر مرابحه در قالب قرارداد بیع انجام گیرد، آیا قلمرو آن

www.SID.ir

Archive of SID

محدود به اعیان خواهد بود؟ به دیگر سخن آیا قرارداد بیع اختصاص به نقل مالکیت اعیان دارد یا قلمرو آن فراتر از اعیان است و در خصوص خدمات و مانند آن نیز می‌توان از قرارداد بیع بهره گرفت؟ طبیعی است پاسخ این دو سؤال از جهت قلمرو مرابحه بااهمیت است؛ زیرا اگر مرابحه اختصاص به بیع نداشته باشد، قلمرو آن گسترده خواهد بود؛ ولی اگر مرابحه به بیع اختصاص یابد، طبیعتاً قلمرو اجرایی آن بستگی به قلمرو اجرایی قرارداد بیع خواهد داشت. جالب توجه است که قانون مدنی ایران برخلاف اینکه مقررات تفصیلی را به قرارداد بیع به عنوان نخستین عقد معین اختصاص داده، ولی در مورد عقد مرابحه سکوت اختیار نموده است و در قوانین و مقرراتی که در سال‌های اخیر به منظور واردنمودن قرارداد مرابحه به عنوان یکی از عقود اسلامی کاربردی در عرصه تسهیلات بانکی وضع گردیده، سخنی از ماهیت حقوقی آن به میان نیامده است.

در زمینه ادبیات پژوهش نیز می‌توان گفت برخی اندیشمندان فقه اقتصادی (موسویان، ۱۳۹۰، ص۳۳-۵۷) در خصوص امکان‌سنجی مرابحه در بانکداری بدون ربا و (اکبری، ۱۳۹۳، ص٦٥-۸۲) در مورد کاربرد مرابحه در اقتصاد اسلامی با نگرشی به بانکداری پژوهش نموده‌اند؛ ولی اختصاص به ماهیت حقوقی مرابحه و قلمرو آن نداشته و در مورد ماهیت حقوقی و قلمرو مرابحه به اختصار بحث‌های ارزشمندی را مطرح نموده‌اند.

برخی دیگر از پژوهش‌ها (موسویان و عباسی، ۱۳۹۲، ص۳۱-٦۱) فقط به تبیین ماهیت اوراق مرابحه اختصاص یافته و در آن از ویژگی‌های اوراق یادشده و چگونگی واگذاری آن سخن به میان آمده است.

برخی پژوهش‌ها (سلطانی و شیروانی‌زاده آرانی، ۱۳۹٤، ص٦۷-۸۰) نیز کوشش نموده است به صورت اختصاصی، ماهیت و شرایط مرابحه را بررسی نماید؛ ولی از نظر استدلالی و شیوه طرح مطالب به‌ویژه در مورد ماهیت مرابحه نیازمند تعمیق و گسترش است؛ ضمن اینکه به تحلیل روابط ناشی از کارت‌های مرابحه نپرداخته است.

این پژوهش در صدد تکمیل پژوهش‌های گذشته و بررسی تفصیلی و استدلالی‌تر ماهیت حقوقی و قلمرو مرابحه از دو زاویه فقهی و حقوقی و نیز تحلیل روابط حقوقی ناظر به کارت‌های مرابحه است تا از این رهگذر بر ادبیات فقهی و حقوقی موجود افزوده شود؛ جستار حاضر در راستای تحقق هدف پیش‌گفته با روشی توصیفی تحلیلی، از سویی

www.SID.ir

Archive of SID

ماهیت و قلمرو عقد مرابحه را از نظر فقهی و حقوقی بررسی نموده و از سوی دیگر از منظر بانکداری اسلامی نیز به تحلیل روابط حقوقی ناشی از صدور و استفاده از کارت‌های مرابحه‌ای که توسط بانک‌ها برای متقاضیان تسهیلات صادر می‌گردد، پرداخته است.

ماهیت و قلمرو مرابحه

در این قسمت نخست ماهیت مرابحه و اختصاص داشتن یا نداشتن آن به بیع و سپس قلمرو آن بررسی می‌شود.

ماهیت عقد مرابحه: مرابحه به عنوان شیوه انجام معامله

برخلاف اینکه مرابحه در قرارداد بیع مورد بررسی بسیاری از فقیهان قرار گرفته است، ولی در خصوص اینکه آیا شیوه مرابحه در بستن قرارداد اختصاص به قرارداد بیع دارد یا اینکه می‌توان آن را در همه معاوضات جاری نمود، کمتر بحث شده است. فقیهانی که متعرض مسئله شده‌اند، سه رویکرد دارند: رویکرد نخست این است که برخی فقیهان (طباطبایی قمّی، ۱٤۲۳ق، ص٤۳۷-٤۳۸) با استناد به اینکه دلیلی بر جاری‌شدن مرابحه در دیگر قراردادهای معاوضی وجود ندارد، جریان آن در غیر بیع را مشکل دانسته‌اند. در واقع مستفاد از این دیدگاه این است که مشروعیت مرابحه بر پایه روایاتی است که در بحث بیع وارد شده است و از این جهت دلیلی بر مرابحه در مورد دیگر معاوضات وجود ندارد؛ رویکرد دومی که دیده می‌شود این است که برخی از فقیهان (فاضل مقداد، ۱٤۰٤ق، ص٦۰/ حسینی عاملی، ۱٤۳۰ق، ص۸۲۷) در مسئله اجاره بدون اینکه جریان مرابحه را بررسی استدلالی کنند، به این فرع فقهی پرداخته‌اند که اگر اصل مرابحه در اجاره پذیرفته شود، درصورتی‌که موضوع اجاره مکان‌های مختلف یا اعمال مختلف باشد، در این مورد نمی‌توان برای اجاره‌دادن مجدد از شیوه مرابحه استفاده نمود. همان‌گونه‌که ملاحظه می‌شود رویکرد این اندیشمندان در برخورد با مرابحه در اجاره این بوده است که پذیرش مرابحه در اجاره را به صورت احتمال مطرح نموده و سپس یک فرع فقهی را در مورد اجاره به اختصار بیان داشته‌اند و آن این است که اگر موضوع یک قرارداد اجاره مکان‌های مختلف یا کارهای گوناگون باشد و اجاره‌بها یا اجرت واحدی برای همه آنها تعیین گردد، چنانچه مستأجر بخواهد آنچه را به دست آورده خود اجاره دهد نمی‌تواند آنها را از یکدیگر جدا

www.SID.ir

Archive of SID

نموده و مثلاً بعضی از مکان‌های یادشده را به صورت مرابحه اجاره دهد. دلیل این امر نیز این است که در مرابحه باید از سرمایه‌ای که برای به‌دست‌آمدن کالاها یا خدمات مورد مرابحه صرف شده است خبر داده شود و بر اساس آن مرابحه با بهایی بیشتر انجام گیرد؛ حال آنکه در مسئله مورد بررسی ازآنجاکه اجاره‌بهای پرداخت‌شده در قرارداد اجاره نخست، در مقابل همه موضوعات مورد اجاره بوده نمی‌توان گفت چه میزان از اجاره‌بها در مقابل هر یک از مکان‌های مورد اجاره قرار گرفته است تا بر اساس آن بتوان اجاره دوم را به صورت مرابحه انجام داد. درهرحال آنچه در این فرع فقهی اهمیت دارد این است که فقیهان یادشده جریان مرابحه در اجاره را به صورت احتمال مطرح نموده‌اند و این به معنای وجود تردید در این‌باره است؛ سرانجام رویکرد سومی که دیده می‌شود این است که برخی دیگر از اندیشمندان فقهی (صاحب جواهر، ۱۳٦۸، ص۳۰۵/ ر.ک به: سبزواری، ۱٤۱۳ق، ج۱۸، ص٤٤) جریان مرابحه را در همه معاوضات خالی از قوت ندانسته‌اند. ایشان از سویی و بدون نام‌بردن از فقیه مشخصی، صریح عبارت برخی از فقیهان امامی را پذیرش جریان مرابحه در عقد اجاره دانسته‌اند؛ از سوی دیگر و برای ارائه دلیل در خصوص اینکه مرابحه اختصاص به بیع ندارد، به وجود سیره قطعی در جاری‌شدن مرابحه در معاطات استناد نموده‌اند؛ البته ممکن است این شبهه پیش آید که معاطات خود از اقسام و شیوه‌های انعقاد بیع است، پس اینکه سیره قطعی بر پذیرش مرابحه در معاطات باشد، چگونه می‌تواند به عنوان دلیلی برای اختصاص‌نداشتن مرابحه به قرارداد بیع مورد استناد قرار گیرد؟ در پاسخ باید گفت به باور این فقیه ارجمند، ماهیت معاطات بیع (تملیک عین در مقابل عوض) نیست؛ بلکه اباحه در مقابل عوض است؛ به همین جهت نیز از نظر ایشان، جاری‌شدن مرابحه در معاطات شاهدی بر اختصاص‌نداشتن مرابحه به بیع است. طبیعی است که اگر معاطات نوعی بیع دانسته شود، دیگر نمی‌توان از این استدلال برای اثبات مدعا بهره برد (برای مطالعه بیشتر در زمینه ماهیت معاطات ر.ک به: شهید ثانی، ۱٤۱۰ق، ص۲۲۲/ فاضل مقداد، ۱٤۰٤ق، ص۲۵/ فقعانی، ۱٤۱۸ق، ص۱۰۸/ مکارم شیرازی، ۱٤۱۳ق، ص۵۰).

برای پذیرش مرابحه به عنوان یک روش که اختصاص به بیع ندارد و در دیگر قراردادهای معاوضی نیز جاری است، می‌توان این‌گونه استدلال نمود که اولاً اینکه روایات

www.SID.ir

Archive of SID

تجویزکننده مرابحه در قسمت بیع آمده است نفی‌کننده امکان استفاده از این شیوه معاملی در سایر معاوضات نیست؛ به دیگر سخن بحث مرابحه از این جهت در روایات مربوط به قرارداد بیع مطرح شده است که قرارداد بیع، قرارداد شایعی محسوب می‌شود و از همین‌رو معمولاً قواعد عمومی قراردادها در بحث بیع مطرح می‌شود؛ به همین جهت در فقه نیز عنوان امّ‌العقود به عقد بیع اختصاص داده شده است (سبزواری، ١٤١٣ق، ج٢٠، ص٢٣٠)؛ ثانیاً همان‌گونه‌که برخی فقیهان (صدر، ١٤٢٧ق، ص٣٦٥) نیز بیان داشته‌اند، از این جهت که این اصطلاحات ـ مرابحه و مانند آن ـ قبل از اسلام در معاملات میان مردم وجود داشته، روایات متعرض آن در بحث بیع شده است؛ توضیح اینکه این موارد جنبه امضایی دارد نه تأسیسی و خصوصیتی نیز از این جهت در بیع نیست و به همین دلیل می‌توان آن را توسعه داد. در مورد تقسیم بیع به نقد و نسیه نیز همین نکته صادق است و نقد و نسیه نیز هرچند در بحث بیع مطرح است (ر.ک به: علامه حلی، ١٤١٣ق، ص٤٢)، ولی اختصاص به بیع ندارد؛ ثالثاً ازآنجاکه منعی در استفاده از مرابحه، مواضعه و تولیه در دیگر قراردادهای معاوضی نشده است، می‌توان از اصل صحت قراردادها استفاده نمود و ادعا کرد که اصل بر صحت معاوضاتی است که به یکی از روش‌های مرابحه، مواضعه یا تولیه صورت گیرد؛ در واقع همچنان‌که که برخی از فقیهان (موسوی بجنوردی، ١٤١٩ق، ص٢٩٤) بیان داشته‌اند در هر موردی که از نظر عرفی عنوان عقد یا ایقاعی صادق باشد و در وجود شرایطی برای صحت عقد یا ایقاع تردید شود و یا اینکه در وجود مانعی که در عقد یا ایقاع خلل ایجاد نماید تردید باشد، حکم بر صحت عقد می‌شود. از نظر حقوقی نیز ماده ٢٢٣ قانون مدنی مقرر داشته است: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است؛ مگر اینکه فساد آن معلوم شود». از این ماده نیز به خوبی استنباط می‌شود که برای جاری‌شدن اصل صحت در معاملات، مهم وقوع عرفی یک معامله است و اگر عرف حکم بر وقوع معامله نماید و برخلاف آن تردید در صحت معامله باشد بر اساس ماده پیش‌گفته حکم بر صحت معامله خواهد شد (در تأیید این نظر ر.ک به: شهیدی، ١٣٨١، ص٢٢٥)؛ بنابراین چنانچه معاوضاتی غیر از بیع به روش مرابحه انجام گیرد و در صحت معاوضات یادشده به خاطر استفاده از روش مرابحه، تردید شود، اصل صحت، دلالت بر صحت این معاوضات خواهد

www.SID.ir

Archive of SID

نمود؛ با توجه به استدلال‌های فوق باید گفت مرابحه روشی است که اختصاص به قرارداد بیع ندارد و در سایر قراردادهای معاوضی نیز می‌توان از این روش بهره گرفت.

گفتنی است قوانین در مورد ماهیت مرابحه ساکت است. حتی ماده ۹۸ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب جلسه علنی مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ مجلس شورای اسلامی که عقود اسلامی استصناع، مرابحه و خرید دین را به عملیات بانکی بدون ربا افزوده است، تعریفی از این عقود ارائه ننموده است؛ البته آیین‌نامه اجرایی مربوط به این ماده که مصوب هیئت وزیران است، مرابحه را تعریف نموده؛* ولی روشن است که هیچ‌گاه آیین‌نامه، اعتبار قانون را ندارد و حتی ممکن است در آینده مورد ایراد و خدشه قرار گرفته و ابطال گردد؛ به‌ویژه اینکه ممکن است این شبهه مطرح شود که ارائه تعریف از یک عقد، نوعی قانونگذاری بوده و در صلاحیت هیئت وزیران نیست؛ به همین جهت شایسته است خود قانونگذار در این زمینه ورود نموده و تعریفی گسترده از مرابحه ارائه دهد تا به هرگونه شبهه‌ای در این زمینه خاتمه دهد.

قلمرو مرابحه

در تبیین قلمرو اجرای مرابحه از سویی ماهیت مرابحه می‌تواند تأثیرگذار باشد؛ از سوی دیگر شیوه تحصیل مال توسط شخصی که در صدد انجام مرابحه است شایسته بررسی است؛ به علاوه توجه به حقوق اشخاص ثالث نسبت به مورد مرابحه می‌تواند در قلمرو اجرایی آن مؤثر واقع شود؛ بنابراین در ادامه به بررسی تأثیر ماهیت مرابحه بر مورد مرابحه، اهمیت‌نداشتن شیوه تحصیل مال و لزوم قابلیت انتقال مورد مرابحه از نظر قانونی و لزوم توجه به حقوق اشخاص ثالث پرداخته می‌شود.

تأثیر ماهیت مرابحه بر مورد مرابحه

اینکه در عقد مرابحه مورد معامله چه چیز باشد ـ اعیان کلی یا جزئی، منافع و ... ـ بسته به ماهیت مرابحه دارد. در زیر از سویی این نکته تبیین می‌شود که در صورت پذیرش مرابحه به عنوان روش اجرای معامله چه تأثیری بر مورد مرابحه خواهد داشت (بند الف)؛ سپس به

*. در این زمینه در قسمت جایگاه مرابحه در مقررات بانکداری اسلامی توضیح کافی داده می‌شود.

www.SID.ir

Archive of SID

این پرسش پاسخ داده می‌شود که چنانچه مرابحه به عنوان روش اجرای همه معاملات معاوضی پذیرفته نشود و اختصاص به قرارداد بیع داشته باشد، آیا تأثیری در مورد مرابحه خواهد داشت یا خیر؟ (بند ب).

الف) تأثیر پذیرش مرابحه به عنوان روشی در بستن همه قراردادهای معاوضی بر مورد مرابحه

اگر امکان مرابحه در همه معاوضات وجود داشته و اختصاص به بیع نداشته باشد ـ همان‌طورکه اعتقاد نگارندگان نیز همین است ـ قلمرو موضوعی مرابحه بدون هیچ اشکالی افزایش می‌یابد؛ زیرا معاوضات وسیع بوده و نه‌تنها معاوضات مربوط به اعیان را شامل می‌شود، بلکه معاوضات مربوط به منافع و خدمات را نیز در بر خواهد گرفت؛ در نتیجه با محدودنکردن عقد مرابحه به بیع، قلمرو استفاده از این قرارداد توسعه یافته و می‌تواند ابزار مناسب‌تری برای رفع نیازهای مالی میان مردم و نیز اعطای تسهیلات توسط بانک‌ها باشد.

گفتنی است درصورتی‌که برای مرابحه از سایر معاوضات غیر از بیع استفاده شود، قواعد آن معاوضات لازم‌الرعایه خواهد بود. طبیعی است در این صورت برخی از قواعد معاوضات مربوط به شرایط موضوع معاوضه است؛ برای مثال هنگامی می‌توان از قالب اجاره استفاده نمود که مقصود انتقال مالکیت منافع اموالی باشد که استفاده از آن اموال موجب از بین‌رفتن مال نمی‌شود و به عبارت دیگر عین مال با استفاده از آن باقی می‌ماند. در این میان تنها معاوضه‌ای که قلمرو گسترده‌تری نسبت به سایر معاوضات دارد، صلح معاوضی است؛ زیرا صلح می‌تواند آثار سایر معاملات را به دنبال داشته باشد بدون اینکه احکام اختصاصی آن معاوضات در مورد آن جاری باشد. با توجه به گستره وسیع صلح است که از آن به سیدالاحکام و سیدالعقود یاد شده است (فخرالمحققین، ۱۳۸۸ق، ص۱۰٤/ جعفری لنگرودی، ۱۳٤۹، ص۱۳۵/ ر.ک به: کاتوزیان، ۱۳٦۸، ص۲۲۹/ قبولی درافشان، ۱۳۸٦، ص۱۳۱)؛ بنابراین اگر از قالب صلح استفاده شود، موضوع آن می‌تواند نقل عین یا منفعت یا سایر حقوق باشد.

www.SID.ir

Archive of SID

ب) مورد مرابحه در فرض انحصار مرابحه به قرارداد بیع

اگر عقد مرابحه به بیع اختصاص داده شود یا اینکه عملاً از عقد بیع برای انجام مرابحه استفاده شود، شناخت قلمرو استفاده از مرابحه فرع بر مفهوم بیع خواهد بود؛ توضیح اینکه از نظر فقهی در مورد مفهوم بیع اختلاف‌هایی میان فقیهان وجود دارد (انصاری، ١٤١٥ق، ص١٠/ جعفری لنگرودی، ١٣٩١، ص٤٨-٥٠/ قبولی درافشان، ١٣٨٦، ص٢٥). اگر معوض در بیع (مبیع) آن‌گونه که شایع بین فقیهان است، به عین اختصاص داده شود (انصاری، ١٤١٥ق، ص٧/ طوسی، ١٤٠٨ق، ص٢٣٦/ علامه حلّی، [بی‌تا]، ص٤٦٢/ همو، ١٤١٣ق، ص١٢٣/ طوسی، ١٣٨٧ق، ص٧٦/ جعفری لنگرودی، ١٣٩٣، ص٦٣)، قلمرو عقد بیع مرابحه، محدود به اعیان خواهد بود و غیر اعیان را شامل نمی‌شود؛ ولی چنانچه بیع مبادله مال به مال دانسته شود (خمینی، ١٤١٠ق، ص١٠/ میرشفیعی خوانساری، ١٤١٥ق، ص١٢/ قبولی درافشان، ١٣٨٦، ص٤٦)، قلمرو بیع مرابحه فراتر از اعیان خواهد بود و مبادله هر آنچه عنوان مال بر آن صادق باشد از جمله منافع را دربرمی‌گیرد.

در مقام ترجیح یکی از دو دیدگاه پیشین از نظر فقهی به نظر می‌رسد می‌توان گفت مفهوم بیع، دارای حقیقت شرعیه* نیست و مهم تلقی عرفی از بیع است (انصاری، ١٤١٥ق، ص١٠/ کاشف‌الغطاء، [بی‌تا]، ص١٩٣/ خمینی، ١٤١٠ق، ص١٥)؛ به دیگر سخن، شارع در زمینه مفهوم قرارداد بیع، از دادن تعریف خودداری نموده و جستجوی مفهوم بیع را احاله به عمل عرف نموده است (جعفری لنگرودی، ١٣٨٧، ص٣٤). طبیعی است اگر حقیقت عرفی بیع پذیرفته شود تحولات عرفی در این زمینه باید مورد نظر قرار گیرد و به نظر می‌رسد

*. حقیقت شرعیه بدین معناست که واژگانی از نظر شرعی برای معنای ویژه‌ای در نظر گرفته شده باشد. بیشتر اندیشمندان اصول بر این باورند که بعضی از الفاظ از معانی لغوی خود به معانی شرعی انتقال داده شده‌اند؛ ولی مسئله مورد اختلاف این است که آیا انتقال یادشده در زمان خود شارع به صورت وضع تعیینی صورت گرفته تا در نتیجه حقیقت شرعیه داشته باشد یا اینکه در زمان متشرعه انجام شده تا دارای حقیقت متشرعه باشد؛ در توضیح باید گفت که اگر بیع، حقیقت شرعیه داشته باشد لازم است به همان تعریف شرعی آن بسنده کرد و به هیچ‌وجه نمی‌توان در آن دخل و تصرف کرد و یا تعریف جدیدی از آن ارائه داد؛ ولی اگر بیع، حقیقت شرعیه نداشته باشد در این صورت می‌توان با توجه به عرف هر زمانی، تعریف مناسب با آن عرف را ارائه نمود. برای مطالعه بیشتر ر.ک به: (مظفر، ١٣٧٠، ص٣٢).

www.SID.ir

Archive of SID

عرف بیع را مختص نقل اعیان نمی‌داند، بلکه در مورد نقل و انتقال سهام و نیز خدمات گاهی از تعبیر بیع استفاده می‌نماید.

البته اگر از منظر حقوق موضوعه به مسئله نگاه شود، قانونگذار مدنی بیع را تعریف نموده است؛ توضیح اینکه از نظر حقوقی بیع دارای تعریف قانونی است که در ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیان شده است. به موجب این ماده «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». بدیهی است که تعریف قانونی بر عرف مقدم است؛ زیرا قوانین برای مردم الزام‌آورند؛ بنابراین چنانچه قانونگذار در زمینه تعریف بیع اصلاحی انجام ندهد، پیروی از تعریف یادشده لازم است و در نتیجه در بحث بیع مرابحه نیز مورد قرارداد، فقط اعیان خواهد بود. شایسته است قانونگذار با درنظرگرفتن اقتضائات عرفی تعریف وسیع‌تری از بیع ارائه دهد. درهرحال و با توجه به استدلال‌های فقهی که ارائه شد، از دید فقهی قلمرو بیع می‌تواند گسترده‌تر از قلمرو بیع در قانون مدنی باشد.

اهمیت‌نداشتن شیوه تحصیل مال

پرسش مهمی که پاسخ آن در قلمرو مرابحه تأثیرگذار است، شیوه تحصیل مالی است که قرار است در اثر مرابحه به دیگری واگذار گردد. هرچند مقررات قانونی در این زمینه ساکت است و در قوانین پاسخ این پرسش داده نشده است، ولی در این زمینه برخی فقیهان (صاحب جواهر، ۱۳٦۸، ص۳۰۵-۳۰٦) تصریح نموده‌اند که شیوه تحصیل مال دارای اهمیت نیست؛ بنا بر این نظر شیوه‌ای که فروشنده خود مال را به دست آورده است مهم نیست؛ بنابراین چه از راه بیع یا صلح یا ... مال را به دست آورده باشد می‌تواند مورد پذیرش باشد؛ حتی گفته شده (همان) هر راهی که فروشنده در مسیر به دست آوردن مال به کار گرفته و هزینه‌هایی برای وی به دنبال داشته می‌تواند مورد پذیرش باشد؛ ولی هزینه‌های صورت‌گرفته به عنوان رأس‌المال در نظر گرفته شده و در هنگام مرابحه ربح بر آن افزوده می‌شود؛ بنابراین حتی اگر شخص از راه حیازت مباحات با هزینه‌هایی، مالکیت مالی را به دست آورد می‌تواند هزینه‌های انجام‌شده را به عنوان سرمایه قلمداد نموده و با افزودن سودی بر آن از راه مرابحه اقدام به انتقال آن به دیگری بنماید.

www.SID.ir

Archive of SID

لزوم قابلیت انتقال مورد مرابحه از نظر قانونی و لزوم توجه به حقوق اشخاص ثالث

طبیعی است مرابحه در مواردی قابل جریان است که مورد مرابحه قابلیت نقل و انتقال را داشته باشد؛ بنابراین اگر منافعی به قید بهره‌برداری توسط انتقال‌گیرنده* به دست آمده باشد وی نمی‌تواند آن را به دیگری واگذار نماید؛ برای مثال اگر قرارداد اجاره‌ای بسته شود با این قید که مستأجر نتواند منافع را به دیگری منتقل نماید، وی دیگر نمی‌تواند در قالب مرابحه نیز اقدام نماید؛ البته این شرط اختصاص به مرابحه ندارد، بلکه از شرایط عمومی معاملات محسوب می‌شود که می‌تواند مرابحه را نیز محدود نماید.

همچنین انتقال مالی که به رهن گذاشته شده است، بنا بر نظر مشهور فقهی بدون اذن یا اجازه مرتهن دارای نفوذ حقوقی نیست. مهم‌ترین دلیلی که در این زمینه ارائه شده است نیز اجماع و حدیث مشهوری است که به موجب آن راهن و مرتهن از تصرف در مال مرهون ممنوع‌اند (ر.ک به: شهید ثانی، ۱٤۱۰ق، ج٤، ص۸۳/ محقق حلّی، ۱٤۰۸ق، ج۲، ص۷۲/ طباطبایی، ۱٤۱۸ق، ص۲۰۹-۲۱۰/ صاحب جواهر، ۱٤۰٤ق، ص۱۹۵)؛ البته این حدیث از احادیث مرسله است؛ ولی ضعف سند آن به خاطر عمل فتوایی فقیهان جبران گردیده است. از رأی وحدت رویه شماره ٦۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۷٦/۸/۲۰ (اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۳، ص٤٤۹) نیز پذیرش همین نظر استنباط می‌شود؛ البته برخی فقیهان (خویی، [بی‌تا]، ص۲۳۸/ روحانی، ۱٤۱۸ق، ص٤۵۰/ همو، ۱٤۱۳ق، ص۲٦٦) انتقال عین مرهونه را منافی رهن نمی‌دانند. این نظر ریشه در دو امر دارد: نخست، شهرت عملی حدیث پیش‌گفته نمی‌تواند ضعف سندی آن را برطرف نماید و دوم اینکه این حدیث دلالت بر ممنوع‌بودن هرگونه تصرفی ندارد؛ بلکه دلالت بر ممنوعیت تصرفات منافی با رهن دارد؛ حال آنکه انتقال عین مرهونه منافی با رهن محسوب نمی‌شود و در صورت انتقال عین مرهونه، حق مرتهن باقی است؛ در ضمن

*. مقصود از انتقال‌گیرنده یا به تعبیری منتقل‌الیه، شخصی است که مال یا حقی به وی انتقال یافته باشد و دارنده جدید آن مال یا حق محسوب گردد.

www.SID.ir

Archive of SID

اجماع تعبدی نیز در این زمینه وجود ندارد که بتوان ممنوعیت انتقال عین مرهونه توسط راهن را از آن استنباط نمود (خویی، [بی‌تا]، ص۲۳۸).

درهرحال آنچه در بحث مرابحه اهمیت دارد این است که انتقال مورد مرابحه منافات با حقوق مکتسبه اشخاص ثالث نداشته باشد.

مرابحه در مقررات مربوط به بانکداری

ازآنجایی‌که مرابحه در عملیات بانکی دارای سابقه زیادی نیست، نخست به تبیین جایگاه مرابحه در قوانین و مقررات بانکی پرداخته می‌شود؛ سپس ازآنجایی‌که پس از پذیرش مرابحه در زمره عملیات بانکی بدون ربا اعطای تسهیلات به متقاضیان از راه صدور کارت‌های مرابحه شایع شده است، ماهیت روابط حقوقی که در جریان صدور و استفاده از این کارت‌ها صورت می‌پذیرد، بررسی خواهد شد.

جایگاه مرابحه

قرارداد مرابحه تا سال ۱۳۸۹ به عنوان قراردادی مستقل در قانون عملیات بانکی بدون ربا وجود نداشت؛ بلکه همان‌گونه‌که برخی صاحب‌نظران فقهی اقتصادی (موسویان، ۱۳۹۰، ص٤۲) نیز بیان داشته‌اند، تنها نوع ویژه‌ای از مرابحه با عنوان فروش اقساطی در قانون پیش‌گفته وجود داشت. در واقع از دید جایگاه قانونی مرابحه در عملیات بانکی بدون ربا، این عقد به موجب ماده ۹۸ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب جلسه علنی مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ مجلس شورای اسلامی به عملیات بانکی بدون ربا افزوده شد. به موجب ماده پیش‌گفته، «به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا عقود اسلامی استصناع، مرابحه و خرید دین اضافه می‌شود. آیین‌نامه اجرایی این ماده به تصویب هیئت وزیران می‌رسد». هرچند در قانون پیش‌گفته تعریفی از مرابحه ارائه نگردید، ولی هیئت وزیران به موجب تصویب نامه‌ای در سال ۱۳۹۰ بخش‌هایی را به آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا درباره استصناع، مرابحه و خرید دین الحاق نمود که متضمن تعریف و نیز احکامی در مورد این قراردادهاست. به موجب ماده ۸۱ الحاقی به آیین‌نامه پیش‌گفته، «مرابحه قراردادی است که به موجب آن، عرضه‌کننده بهای تمام‌شده اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می‌رساند و سپس با افزودن مبلغ یا

www.SID.ir

Archive of SID

درصدی اضافی به عنوان سود، آن را به صورت نقدی، نسیه دفعی یا اقساطی، به اقساط مساوی و یا غیر مساوی در سررسید یا سررسیدهای معین به متقاضی واگذار می‌کند». همین تعریف عیناً در ماده یک دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه مصوب ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار و نیز بند ۱-۳ ماده اول دستورالعمل اجرایی جدید عقد مرابحه مصوب ۱۳۹٤/۱۰/۲۹ شورای پول و اعتبار نیز تکرار شده است؛ البته این ماده دارای تبصره‌ای نیز می‌باشد که به موجب آن «اموال موضوع قرارداد مرابحه باید در هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد».

بر اساس آنچه بیان گردید، از سویی مرابحه در قانون برنامه پنج‌ساله پنجم مقید به بیع نگردیده است و از سوی دیگر تعاریف ارائه‌شده از مرابحه در آیین‌نامه و نیز دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه نیز فراتر از تعریف عقد بیع در قانون مدنی است؛ چراکه بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی اختصاص به تملیک اعیان یافته است. طبیعی است اگر مرابحه اختصاص به بیع داده شود و بیع نیز به تملیک اعیان اختصاص یابد، تعاریف یادشده محل اشکال خواهد بود؛ زیرا در تعاریف یادشده از واگذاری اموال و خدمات سخن به میان آمده که در مقایسه با عین دارای مفاهیم گسترده‌تر و متفاوتی است.

با توجه به آنچه در قسمت تبیین فقهی ماهیت مرابحه بیان گردید، عمل‌کرد قانونگذار و نیز تدوین‌کنندگان آیین‌نامه و دستورالعمل اجرایی مرابحه قابل دفاع است.

تبیین ماهیت روابط حقوقی ارکان کارت‌های اعتباری مرابحه

یکی از شیوه‌های اجرایی اعطای تسهیلات در قالب عقد مرابحه استفاده از کارت‌های اعتباری موسوم به کارت مرابحه است. در مورد کارت‌های مرابحه بر اساس آخرین دستورالعمل‌ها، با دستورالعمل اجرایی کارت اعتباری مصوب ۱۳۹۵/۵/۳۱ کمیسیون مقررات و نظارت مؤسسات اعتباری بانک مرکزی روبه‌رو هستیم. به موجب ماده دو این دستورالعمل «صدور کارت اعتباری صرفاً بر مبنای قرارداد کارت اعتباری بین مؤسسه اعتباری و مشتری میسر می‌باشد». در بند هشت ماده اول دستورالعمل نیز قرارداد کارت اعتباری چنین تعریف شده است: «قراردادی که در زمان صدور کارت اعتباری فی‌مابین

www.SID.ir

Archive of SID

مؤسسه اعتباری و مشتری بر اساس مرابحه منعقد گردیده و مبین توافقات، تعهدات و سایر الزامات طرفین در خصوص کارت اعتباری می‌باشد».

یکی از پرسش‌های مطرح در مورد کارت‌های اعتباری پیش‌گفته، مربوط به ماهیت حقوقی روابطی است که بر اساس دریافت و استفاده از این کارت‌ها صورت می‌گیرد.

در تحلیل این کارت‌ها باید توجه داشت که از سویی مقصود از صدور این کارت‌ها اعطای تسهیلات به اشخاص از راه‌های شرعی و احتراز از رباست و از سوی دیگر راه شرعی برگزیده استفاده از قرارداد مرابحه است. ازآنجاکه دارنده کارت (تسهیلات‌گیرنده) با استفاده از اعتبار این کارت‌ها مباشرت در تهیه نیازهای خویش می‌نماید، این پرسش وجود دارد که چگونه می‌توان قراردادهای صورت‌گرفته از این راه را در قالب قرارداد مرابحه توجیه نمود؟ در تحلیل موضوع باید چند مرحله را از یکدیگر تفکیک نمود: از سویی بدیهی است صدور کارت خود بر پایه قرارداد میان متقاضی تسهیلات و بانک صورت می‌پذیرد. این قرارداد و شروط مندرج در آن می‌تواند خط‌مشی دریافت‌کننده کارت را مشخص نماید؛ بنابراین باید در تحلیل حقوقی موضوع بانک یا مؤسسه اعتباری که کارت را صادر می‌نماید (ناشر کارت) و دارنده کارت در نظر گرفته شوند؛ از سوی دیگر دارنده کارت برای تهیه کالاها یا خدمات مورد نیاز باید به ارائه‌دهنده کالاها یا خدمات مراجعه نماید و پرداخت نیز باید از طریق پایانه‌های فروش (Point of Sale (P.O.S)) و به وسیله دستگاهی که در مراکز فروش کالا و خدمات نصب می‌شود تا مبلغ مورد معامله به صورت الکترونیکی از حساب کارت کسر شده و به حساب پذیرنده کارت (فروشنده) واریز گردد؛ بنابراین در تحلیل حقوقی موضوع باید به نقش ارائه‌دهنده کالا یا خدمات و دستگاه‌های پیش‌گفته نیز توجه داشت.

طبیعی است برای اینکه قرارداد مرابحه در جریان عملیات خرید کالا یا خدمات به کار گرفته شود، فروشنده یا واگذارکننده کالاها و خدمات به دارنده کارت مرابحه باید بانک صادرکننده باشد. همان‌طورکه به موجب ماده سوم دستورالعمل اجرایی کارت اعتباری «مؤسسه اعتباری موظف است در چارچوب مفاد این دستورالعمل، اموال و یا خدمات

www.SID.ir

Archive of SID

مورد تقاضای مشتری را از پذیرنده کارت* خریداری و در قالب مرابحه به مشتری واگذار نماید». حال آنکه این شبهه وجود دارد که دارنده کارت مستقیماً کالاها یا خدمات را از بانک دریافت نمی‌نماید؛ بلکه انتقال‌دهنده کالاها و خدمات، شخص یا اشخاصی غیر از بانک یا مؤسسه اعتباری صادرکننده کارت هستند. در مقام رفع این شبهه برخی (موسویان، ۱۳۹۰، ص٤٩) بر این باورند باید از قرارداد وکالت کمک گرفت. به اعتقاد ایشان به سبب قرارداد میان بانک صادرکننده کارت و متقاضی کارت اعتباری، بانک، دارنده کارت را وکیل خویش در به‌دست‌آوردن کالاها و خدمات مورد نیاز می‌نماید؛ سپس دارنده کارت به عنوان وکیل بانک یا مؤسسه اعتباری، کالاها و خدمات مورد نیاز خود را به صورت نقد از ارائه‌کننده کالاها یا خدمات برای بانک تحصیل می‌نماید و در مرحله بعد بانک صادرکننده کارت (ناشر) با پرداخت قیمت، کالاها و خدمات خریداری‌شده را تملک نموده و در جایگاه فروشگاه الکترونیکی اعتباری (POS) کالاها یا خدمات مزبور را با درنظرگرفتن سود بانکی به صورت بیع مرابحه نسیه به دارنده کارت منتقل می‌نماید (همان، ۱۳۹۰، ص٤٢).

هرچند این تحلیل فقهی حقوقی از جهت دخالت نهاد حقوقی وکالت صحیح است، ولی باید در تکمیل آن به این نکته اشاره نمود که اگر متقاضی تسهیلات وکیل بانک باشد و به صورت نقد کالاها یا خدمات را خریداری نماید، به محض بستن این قرارداد و حتی قبل از پرداخت قیمت کالاها و خدمات، بانک یا مؤسسه اعتباری مالک کالاها یا خدمات می‌گردد. در واقع می‌توان مرحله سوم که کشیدن کارت توسط دارنده کارت در دستگاه و پرداخت قیمت کالاها یا خدمات توسط بانک است را پذیرش فروش یا انتقال نسیه‌ای کالاها یا خدمات به دارنده کارت توسط بانک یا مؤسسه اعتباری دانسته و مرابحه را در این مرحله محقق دانست. البته طبیعی است که پرداخت قیمت کالاها از طریق کارت می‌تواند کاشف از این باشد که کالاها یا خدمات به‌دست‌آمده توسط دارنده کارت به نمایندگی از

*. به موجب بند ده ماده اول دستورالعمل اجرایی کارت اعتباری، «پذیرنده کارت، شخصی است که در قبال دریافت وجه از طریق پایانه فروش فیزیکی یا مجازی، مبادرت به واگذاری اموال یا ارائه خدمات به مشتری می‌نماید».

www.SID.ir

Archive of SID

بانک بوده است. گفتنی است در ماده نوزده دستورالعمل اجرایی جدید عقد مرابحه مصوب ۱۳۹٤ به مؤسسه اعتباری این اختیار داده شده است که به متقاضی تسهیلات، جهت انتخاب، خرید و تحویل اموال و دریافت خدمات وکالت دهد.

البته می‌توان به گونه‌ای دیگر نیز مسئله را تحلیل نمود و آن اینکه از سویی ارائه کارت توسط دارنده کارت و پذیرش کارت توسط ارائه‌دهنده کالاها و خدمات را واگذاری کالاها و خدمات توسط پذیرنده کارت به بانک به شمار آورد؛ یعنی قصد پذیرنده کارت واگذاری کالاها و خدمات به بانک باشد؛ دارنده کارت نیز به عنوان وکیل بانک خرید مزبور را انجام دهد؛ بر این اساس در این مرحله معامله میان پذیرنده کارت و دارنده کارت ـ به عنوان وکیل بانک ـ صورت می‌گیرد و کالاها و خدمات متعلق به بانک می‌گردد. طبیعی است در این مرحله نمی‌توان نقش قرارداد وکالت را نادیده گرفت؛ زیرا در قرارداد نخست که کالاها و خدمات توسط ارائه‌دهنده کالاها و خدمات به بانک منتقل می‌گردد علم به موضوع قرارداد از شرایط صحت معامله است و علم به موضوع قرارداد توسط بانک از این راه توجیه می‌شود که دارنده کارت به عنوان وکیل بانک آگاهی و علم کافی نسبت به موضوع قرارداد دارد و همین آگاهی جایگزین آگاهی موکل نسبت به موضوع قرارداد می‌شود؛ بنابراین ایجاب‌کننده قرارداد نخست ارائه‌دهنده کالا و خدمات است و قبول‌کننده بانک است که در این راه نماینده وی یعنی دارنده کارت اقدام می‌نماید؛ از سوی دیگر می‌توان کشیدن کارت در دستگاه توسط دارنده کارت را به منزله خرید کالاها و خدمات بر اساس شرایط پیش‌بینی‌شده در قرارداد کارت مرابحه از بانک به شمار آورد. طبیعی است در قرارداد دوم ایجاب‌کننده بانک بوده و قبول‌کننده دارنده کارت است؛ تفاوت این تحلیل با تحلیل قبلی در این است که ارائه‌دهنده کالاها یا خدمات آگاهانه و با پذیرش کارت، طرف معامله با بانک قرار می‌گیرد و کشیدن کارت توسط دارنده کارت نیز به معنای پذیرش مرابحه توسط وی و موجب تحقق قرارداد مرابحه است.

گفتنی است دستورالعمل اجرایی کارت اعتباری مرابحه بدون اینکه تحلیلی از چگونگی وقوع مرابحه ارائه دهد در ماده هیجدهم به این نکته بسنده نموده است که «مؤسسه اعتباری موظف است در چارچوب مفاد این دستورالعمل، اموال و یا خدمات مورد تقاضای مشتری را از پذیرنده کارت خریداری و در قالب مرابحه به مشتری واگذار نماید».

www.SID.ir

Archive of SID

درهرحال هر دو تحلیل از نظر فقهی و حقوقی قابل ارائه است. طبیعی است این روابط در صورتی می‌تواند با تحلیل ارائه‌شده سازگار باشد که قصد دارنده کارت، بانک و ارائه‌دهنده کالاها یا خدمات در این زمینه ملحوظ باشد و توجه به ماهیت روابط یادشده داشته باشند؛ زیرا قصد از مهم‌ترین عناصر برای شکل‌گیری اعمال حقوقی است. در واقع آن‌گونه که ماده ۱۹۱ قانون مدنی بیان می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون‌بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند»، در فقه امامیه نیز قصد در تحقق اعمال حقوقی نقش اساسی دارد؛ به‌گونه‌ای‌که بدون قصد انشاء یک عقد آثار آن عقد مترتب نمی‌شود (نراقی، ۱۳۷۵، ص۱۵۹/ حسینی مراغی، ۱٤۱۸ق، ص۱۳۸). با توجه به فقدان قصد انشاء قراردادهای شخص هازل، باطل دانسته شده است (بحرالعلوم، ۱٤۰۳ق، ج۲، ص۲۳۲) و با توجه به اهمیت قصد است که قاعده «تبعیت عقد از قصد» از قواعد مهم فقهی دانسته شده است (حسینی مراغی، ۱٤۱۸ق، ص۵۰/ موسوی بجنوردی، ۱٤۱۹ق، ج۳، ص۱٤۱-۱٤۲/ مصطفوی، ۱٤۱۲ق، ص۱۷۱-۱۷۲/ نراقی، ۱۳۷۵، ۱۵۹/ محمدی، ۱۳۸۷، ص۲٦۵/ بهرامی احمدی، ۱۳۸۸، ج۱، ص۲۰۷). طبیعی است بر پایه قواعد مذکور اولاً برای انعقاد یک عمل حقوقی قصد انشاء لازم است و از سوی دیگر عقد تابع قصد انشائی است که صورت گرفته است.

در مسیر کمک‌گرفتن از وکالت برای تبیین قرارداد مرابحه شبهاتی نیز ممکن است مطرح شود؛ در این راستا یکی از سؤالات قابل طرح این است که از نظر فقهی و حقوقی علم فروشنده و مشتری به مقدار سرمایه و سود شرط است و ضمانت اجرای عدم آگاهی نسبت به آن بطلان قرارداد مرابحه است (حسینی عاملی، ۱٤۳۰ق، ج۱۳، ص۸۱۱-۸۱۳/ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص۳۱۹)؛ حال آیا اینکه دارنده کارت به وکالت از بانک اقدام به خرید و فروش به خود می‌نماید، علم دارنده کارت کافی است؟

در پاسخ باید گفت اولاً ازآنجاکه دارنده کارت وکیل است و هنگامی که قراردادی از جانب وکیل بسته می‌شود ارکان قرارداد توسط وکیل اجرا می‌گردد، طبیعتاً علم وکیل به شرایط قرارداد کافی است و از این جهت مشکلی وجود ندارد. همان‌طورکه قصد در قراردادها رکن سازنده است و این قصد از جانب وکیل تحقق می‌یابد؛ ثانیاً با توجه به اینکه پرداخت قیمت کالاها از راه کارت مرابحه و توسط بانک صورت می‌گیرد، قیمت تحصیل

www.SID.ir

Archive of SID

کالاها و خدمات به صورت سیستمی ثبت می‌گردد و بانک نسبت به آن آگاهی می‌یابد؛ بنابراین بانک و دارنده کارت هر دو از قیمت خرید کالاها توسط بانک آگاه‌اند و نسبت به میزان سود نیز در گذشته با یکدیگر توافق نموده و بر همان مبنا معامله صورت می‌گیرد.

پرسش مهم دیگری که در بیشتر اعمال حقوقی که توسط بانک‌ها و در راستای اعطای تسهیلات صورت می‌گیرد این است که ممکن است ادعا شود در اینجا قصد واقعی اعطای وام است. در پاسخ باید میان دو مورد تفکیک نمود:

نخست، مواردی است که درخواست‌کننده تسهیلات قصد دریافت وام دارد بدون اینکه قصد انجام هیچ‌یک از عقود اسلامی مانند بیع و مانند آن را داشته باشد؛ به‌گونه‌ای‌که حتی در مواردی فاکتورهای ارائه‌شده در این راستا صوری است. طبیعی است در این موارد به دلیل فقدان قصد نمی‌توان ادعا نمود عقود اسلامی که هدف عملیات بانکی بدون ربا را دارد، محقق می‌شود؛ بنابراین برای رهایی از مسئله ربا باید در تحقق شرایط لازم برای عقود اسلامی دقت و نظارت کافی صورت گیرد. شاید همین نگرانی موجب شده است که در ماده بیست دستورالعمل اجرایی جدید عقد مرابحه تصریح شود که «مؤسسه اعتباری مکلف است در متن قرارداد مرابحه تعهدی مبنی بر صوری‌نبودن خرید اموال یا خدمات از متقاضی اخذ نماید».

مورد دوم، مواردی است که قصد جدی بر قراردادهای مزبور ـ در بحث حاضر مرابحه ـ وجود داشته باشد. در این موارد ممکن است شبهه دیگری مطرح شود و آن اینکه نتیجه حاصل از این عقود شبیه نتیجه حاصل از قرض ربوی است؛ برای مثال خواه شخص برای تأمین نیازمندی‌های خود از راه عقود بانکی بدون ربا اقدام می‌نمود و خواه از راه قرض همراه با اعطای سود نتیجه یکسان بود؛ چه خود مبلغی را با سود مشخص از بانک قرض می‌گرفت و به خرید کالاها به نام و حساب خویش اقدام می‌نمود و چه از راه تأمین اعتبار صورت‌گرفته از راه کارت‌های مرابحه و بر مبنای عقد مرابحه اقدام می‌کرد باز هم وضع به همان ترتیب بود و همان نتیجه حاصل می‌گردید. در پاسخ به این شبهه باید گفت شباهت میان نتایج به‌دست‌آمده از راه‌های مختلف به معنای یکی‌بودن راه‌های مزبور نیست؛ به دیگر سخن وحدت نتیجه به معنای وحدت مبنا نیست؛ از سوی دیگر نتایج و نیز احکام مترتب بر عقود مختلف تفاوت‌های فراوانی با یکدیگر دارند و نمی‌توان گفت در صورت در

www.SID.ir

Archive of SID

پیش‌گرفتن قالب قرض و سایر قالب‌ها احکام مترتب بر آنها یکسان است؛ کمااینکه می‌توان در قالب قرارداد صلح نتایج آثار قراردادها را ایجاد نمود، بدون اینکه احکام ویژه دیگر عقود حاکم باشد. در واقع مهم این است که راهی که در پیش گرفته می‌شود از دید فقهی و حقوقی راهی معتبر باشد.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

با بررسی‌های انجام‌شده در پژوهش پیش رو این نتیجه حاصل می‌شود که قالب حقوقی مرابحه اختصاص به قرارداد بیع ندارد؛ بلکه می‌توان سایر قراردادهای معاوضی از جمله اجاره و صلح را در قالب مرابحه انجام داد؛ بنابراین ضروری نیست موضوع قرارداد مرابحه، اعیان باشد؛ کمااینکه شیوه تحصیل موضوع قرارداد مرابحه توسط واگذارکننده آن اصولاً دارای اهمیت نیست. البته باید توجه داشت اگر ماهیت مرابحه، بیع دانسته شود، هرچند از دید فقهی و بر اساس برخی نظریات می‌توان قلمرو بیع را فراتر از اعیان دانست و آن را مبادله مال به مال ـ خواه مال مبادله‌شده عین باشد یا غیر آن ـ دانست، ولی تعریف قانونی بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی قلمرو بیع را منحصر به تملیک اعیان دانسته است که از این جهت قلمرو بیع با محدودیت روبه‌رو است؛ به همین جهت مناسب است مرابحه اختصاص به بیع داده نشود تا از این جهت مشکلی وجود نداشته باشد؛ در این راستا پیشنهاد می‌شود قانونگذار برای رفع هرگونه ابهام، در این زمینه ورود نموده و به صراحت ضمن تعریف مرابحه آن را اختصاص به قرارداد بیع ندهد. در این زمینه پیشنهاد می‌شود قانونگذار برای رفع هرگونه شبهه، ماده‌ای را در قسمت قرارداد بیع در قانون مدنی با عنوان ماده ۳٤۱ مکرر قانون مدنی تصویب نموده و در آن مقرر دارد: «بیع و دیگر قراردادهای معاوضی ممکن است به روش مرابحه منعقد شود؛ روش مرابحه عبارت است از اینکه تحصیل‌کننده یک حق مالی قابل واگذاری ـ خواه مربوط به اعیان، منافع، خدمات یا مانند آن ـ ضمن آگاه‌نمودن متقاضی حق نسبت به سرمایه و هزینه‌هایی که برای به‌دست‌آوردن حق مصروف نموده، با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود، از راه یکی از قراردادهای معاوضی و با رعایت احکام آن قرارداد، آن حق را به متقاضی واگذار نماید». البته قانونگذار می‌تواند متن مشابهی را در قانون عملیات بانکی بدون ربا و در مورد بانک‌ها و به عنوان ماده یازده مکرر قانون عملیات

www.SID.ir

Archive of SID

بانکی بدون ربا مقرر نماید؛ بدین‌ترتیب که «بانک‌ها می‌توانند برای اعطای تسهیلات به متقاضیان از روش مرابحه استفاده نمایند؛ روش مرابحه عبارت است از اینکه بانک یک حق مالی ـ از قبیل حقوق مربوط به اعیان، منافع یا خدمات ـ را از طریق یکی از راه‌های قانونی تحصیل نموده و ضمن آگاه‌نمودن متقاضی تسهیلات نسبت به سرمایه و هزینه‌هایی که برای به‌دست‌آوردن حق مصروف نموده، با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود، آن حق را از راه بیع یا یکی دیگر از قراردادهای معاوضی به وی واگذار نماید». درهرحال، هرچند قرارداد مرابحه در قوانین تعریف نشده است، ولی تعریف ارائه‌شده در آیین‌نامه و دستورالعمل مربوط به مرابحه دلالت بر پذیرش مفهوم وسیع برای مرابحه در عملیات بانکی بدون رباست. اعطای تسهیلات در قالب کارت‌های مرابحه نیز با مشکل فقهی و حقوقی روبه‌رو نیست. در واقع در این مورد با استفاده از نهاد حقوقی وکالت می‌توان اعطای تسهیلات در قالب مرابحه و از راه کارت‌های مرابحه را توجیه نمود؛ بدین‌ترتیب که بانک به دارنده کارت وکالت در خرید کالاها برای بانک از طریق کارت‌های مزبور و فروش آن کالاها به خود با سود مورد توافق را اعطا می‌نماید؛ استفاده از کارت توسط دارنده کارت نیز بیانگر قصد انشاء وی در این زمینه می‌باشد.

منابع و مآخذ

۱. اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور؛ **مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷٦**؛ تهران: ۱۳۸۳.

۲. اکبری، محمد؛ «مرابحه در اقتصاد اسلامی (با نگرش ویژه به بانکداری)»؛ **مجله علمی ترویجی اقتصاد و بانکداری اسلامی**، ش٦ و ۷، ۱۳۹۳.

۳. انصاری، مرتضی؛ **کتاب المکاسب**؛ ج۳، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری ﷺ، ۱٤۱۵ق.

٤. بحرالعلوم، سید محمد؛ **بلغة الفقیه**؛ تهران: منشورات مکتبة الصادق ﷺ، ۱٤۰۳ق.

۵. بهرامی احمدی، حمید؛ **قواعد فقه**؛ تهران: دانشگاه امام صادق ﷺ، ۱۳۸۸.

٦. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ **الفارق**: دائرةالمعارف عمومی حقوق؛ ج۲، چ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱.

www.SID.ir

Archive of SID

۷. _____؛ **اندیشه و ارتقاء**؛ تهران: گنج دانش ،۱۳۸۷.

۸. _____؛ **قوه قدسیه**؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۹۳.

۹. _____؛ **حقوق مدنی** (رهن و صلح)؛ تهران: انتشارات حقوقی ابن سینا، ۱۳٤۹.

۱۰. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد؛ **مفتاح الکرامة**؛ ج۱۳، چ۲، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱٤۳۰ق.

۱۱. حسینی مراغی، میرفتاح؛ **العناوین الفقهیة**؛ ج۲، قم: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسین بقم المشرفة، ۱٤۱۸ق.

۱۲. خمینی، سیدروح‌الله؛ **کتاب البیع**؛ ج۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱٤۱۰ق.

۱۳. خویی، سیدابوالقاسم؛ **مصباح الفقاهة**؛ ج۵، [بی‌جا]:[بی‌نا]، [بی‌تا].

۱٤. دستورالعمل اجرایی جدید عقد مرابحه مصوب ۱۳۹٤/۱۰/۲۹ شورای پول و اعتبار.

۱۵. دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه مصوب ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار.

۱٦. روحانی، سیدصادق؛ **فقه الصادق**؛ ج۱٦، قم: مؤسسة دارالکتاب، ۱٤۱۳ق.

۱۷. _____؛ **منهاج الفقاهة**؛ ج٤، چ٤، [بی‌جا]:[بی‌نا]، ۱٤۱۸ق.

۱۸. سبزواری، سیدعبدالأعلی؛ **مهذب الأحکام**؛ ج۱۸ و ۲۰، قم: مؤسسه المنار، ۱٤۱۳ق.

۱۹. سلطانی، محمد و حامد شیروانی‌زاده آرانی؛ «ماهیت و شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد مرابحه در حقوق ایران»؛ **دوفصلنامه علمی پژوهشی دانش حقوق مدنی**، س٤، ش۲، ۱۳۹٤.

۲۰. شهیدی، مهدی؛ **حقوق مدنی**، اصول قراردادها و تعهدات؛ چ۲، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۱.

۲۱. شهید ثانی، زین‌الدین‌بن‌علی عاملی؛ **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**؛ ج۳، قم: کتابفروشی داوری، ۱٤۱۰ق.

۲۲. صاحب جواهر، محمدحسن؛ **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**؛ ج۲۳، چ۹، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۳٦۸.

۲۳. _____؛ **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**؛ ج۲۵، چ۷، بیروت: دار إحیاء التراث العربی، ۱٤۰٤ق.

www.SID.ir

Archive of SID

۲٤. صدر، سیدمحمد؛ **ماوراء الفقه**؛ ج۳، قم: المحبین للطباعة و النشر، ۱٤۲۷ق.

۲۵. صدوق، محمدبن‌علی‌بن‌بابویه قمّی؛ **من لایحضره الفقیه**؛ ج۳، چ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱٤۱۳ق.

۲٦. طباطبایی قمّی، سیدتقی؛ **الدلائل فی شرح منتخب المسائل**؛ ج٤، قم: کتابفروشی محلاتی، ۱٤۲۳ق.

۲۷. طباطبایی، سیدعلی؛ **ریاض المسائل**؛ ج۹، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱٤۱۸ق.

۲۸. طوسی، ابن‌حمزه؛ **الوسیلة الی نیل الفضیلة**؛ قم: مکتبة السید المرعشی، ۱٤۰۸ق.

۲۹. طوسی، ابوجعفر محمدبن‌حسن؛ **تهذیب الأحکام**؛ ج۷، چ٤، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱٤۰۷ق.

۳۰. طوسی، ابوجعفر محمدبن‌حسن؛ **المبسوط**؛ ج۲، قم: المکتبة الرضویة، ۱۳۸۷ق.

۳۱. علامه حلّی، حسن‌بن‌یوسف‌بن‌مطهر اسدی؛ **تذکرة الفقها**؛ ج۱، نجف: مکتبة الرضویة لاحیاء الآثار الجعفریه، [بی‌تا].

۳۲. _____؛ **قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام**؛ ج۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱٤۱۳ق.

۳۳. فاضل مقداد، مقدادبن‌عبدالله سیوری؛ **التنقیح الرائع لمختصر الشرائع**؛ ج۲، قم: مکتبة آیة الله العظمی المرعشی النجفی العامة، ۱٤۰٤ق.

۳٤. فخرالمحققین، شیخ أبی‌طالب حلی؛ **ایضاح الفوائد**؛ ج۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۸ق.

۳۵. فقعانی، علی‌بن‌علی‌بن محمدبن‌طی؛ **الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الإیقاعات و العقود**؛ قم: مکتبة إمام العصر عجل‌الله‌تعالی‌فرجه العلمیة، ۱٤۱۸ق.

۳٦. قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ مجلس شورای اسلامی.

۳۷. قانون عملیات بانکی بدون ربا.

۳۸. قبولی درافشان، سیدمحمدهادی؛ **مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادها در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس**؛ تهران: انتشارات شلاک، ۱۳۸٦.

www.SID.ir

Archive of SID

۳۹. کاتوزیان، ناصر؛ **حقوق مدنی**، معاملات معوض ـ عقود تملیکی؛ چ۷، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸.
٤٠. _____؛ **حقوق مدنی** (مشارکتها ـ صلح)؛ چ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳٦۸.
٤١. کاشف‌الغطاء، عباس؛ **الفوائد الجعفرية**؛ [بیجا]: مؤسسه کاشف‌الغطاء، [بی‌تا].
٤٢. کلینی، ابوجعفر محمدبن‌یعقوب؛ **الکافی**؛ ج٥، چ٤، تهران: دار الکتب الإسلامية، ١٤٠٧ق.
٤٣. محقق حلّی، جعفربن‌حسن؛ **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**؛ چ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٠٨ق.
٤٤. محقق کرکی، علی‌بن‌حسین؛ **جامع المقاصد فی شرح القواعد**؛ ج٤، چ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ١٤١٤ق.
٤٥. محمدی، ابوالحسن؛ **قواعد فقه**؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷.
٤٦. مصطفوی سیدمحمدکاظم؛ **القواعد** (مائة قاعدة فقهية معناً و مدركاً و مورداً)؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی. ١٤١٢ق.
٤٧. مظفر، محمدرضا؛ **اصول الفقه**؛ قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۰ .
٤٨. مکارم شیرازی، ناصر؛ **انوار الفقاهة**؛ ج۱، چ۲، قم: مؤسسة الامام امیرالمؤمنین علیه‌السلام، ١٤١٣ق.
٤٩. موسوی بجنوردی، سیدحسن؛ **القواعد الفقهية**؛ ج۱، قم: نشر الهادی، ١٤١٩ق .
٥٠. موسویان، سیدعباس؛ «امکان‌سنجی کاربرد مرابحه در بانکداری بدون ربا»؛ **فصلنامه روند پژوهش‌های اقتصادی**؛ س۱۹، ش٥٩ ،۱۳۹۰.
٥١. موسویان، سیدعباس و محمدحسین عباسی؛ «ماهیت حقوقی اوراق بهادار مرابحه»؛ **پژوهشنامه حقوق اسلامی**، س١٤، ش۳۸، ۱۳۹۲.
٥٢. میرشفیعی خوانساری، سیدفضل‌الله؛ **محصّل الکلام** (نظرات شیخ اعظم انصاری رحمه‌الله در مکاسب)؛ ج۳، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب (جزایری)، ١٤١٥ق.
٥٣. نراقی، ملااحمد؛ **عوائد الأيام**؛ قم: مرکز النشر التابع لمکتب الإعلام الإسلامی، ۱۳۷٥.

www.SID.ir

Archive of SID

دراسة فقهية و قانونية حول طبيعة المرابحة و نطاقها (مركّزاً على الخدمات المصرفية اللاربوية)

سیدمحمدهادی قبولی درافشان *
سیدمحمدمهدی قبولی درافشان **

الخلاصة

یُعتبر عقد المرابحه من العقود المصرفیه اللاربویة. السؤال المهم حول طبیعه المرابحه هو هل هذا العقد یُعتبر بیعاً ام یکون اسلوباً لتشکیل جمیع المعاملات؟ اضافهً الی ذلک یقدَّم سؤالٌ آخر و هو هل توجد حدودٌ بالنسبه الی موضوع عقد المرابحه؟ هذ المقال یرید دراسه طبیعه المرابحه القانونیه و نطاقها بشکل عامّ ثم دراسه الموضوع من ناحیه احکام الخدمات المصرفیه بدون الربا و خاصهً ایضاح العلاقات القانونیه فی مجال التسهیلات المصرفیه من خلال بطاقات المرابحه. استنتجت المقاله انَّ طریقه المرابحه، لیست خالصهً للبیع بل تجری فی المعاوضات باجمعها و موضوع المرابحه لایخصّ الاعیان فقط بل یمکن ان یتضمّن المنافع و الخدمات. الانظمه المصرفیه الحالیه تؤکّد هذه النتیجه. بامکاننا ان نشرح انعقاد المرابحه فی مجال بطاقات المرابحه من خلال عقد الوکاله، حیثُ یوکّل المصرفُ المتقدّمَ بطلب التسهیلات لتوفیر الامتعه و الخدمات ثم نقلها الی نفسه مرابحهً. اقترحت هذه المقاله ایضا ان یضاف ماده رقم ۳۴۱ متکرره الی التقنین المدنی الایرانی: نص الماده المقترحه هو : «یمکن ان ینعقد البیع و العقود المعاوضیه الاخری باسلوب المرابحه. اسلوب المرابحه هو اسلوب یتمکن صاحب الحق المالی القابل للنقل (سواء کان الحق مرتبطا بالاعیان، او المنافع و الخدمات ام غیرها) من خلاله ان ینقل حقه الی طالب الحق من طریق احدی المعاوضات و مع مراعاه احکام تلک المعاوضه مع اضافه ربح معین او نسبه مئویه معینه بشرط ان یخبر طالبَ الحق برأس المال و النفقات التی تم دفعها للحصول علی الحق المالی».

الکلمات الأساسیة: *عقد المرابحه، بطاقه المرابحه، الخدمات المصرفیه، الربا، عقد البیع.*

تصنیف مجلة الأدبیات الاقتصادیة (JEL): K1, K2, P4.

---

*. استاذ مساعد فی قسم الفقه و مبادئ القانون الاسلامی بجامعة فردوسی. Email: h.ghaboli@um.ac.ir.
**. استاذ مشارک فی قسم القانون بجامعة فردوسی. Email: ghaboli@um.ac.ir.

www.SID.ir