

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه امام صادق

دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد رشته الهیات، معارف اسلامی و ارشاد

گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

آسیب شناسی فقهی و حقوقی به کارگیری عقد مرابحه در سیستم بانکی
ایران

استاد راهنما: دکتر صادق الهام

استاد مشاور: دکتر حسین میثمی

دانشجو: محمدعلی قشقای خواس

شهریورماه ۱۴۰۰

کلیه حقوق اعم از چاپ و تکثیر، نسخه‌برداری، ترجمه، اقتباس و نظایر آنها از این «پایان‌نامه» کارشناسی‌ارشد» برای دانشگاه امام صادق «علیه‌السلام» محفوظ است. نقل مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

به مصداق «من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق» بسی شایسته
است از اساتید
فرهیخته و فرزانه

حجت الاسلام و المسلمین دکتر صادق الهام و دکتر حسین میثمی؛

که با کرامتی چون خورشید، سرزمین دل را روشنی بخشیدند و
گلشن سرای علم و

پژوهش را با راهنمایی‌های کارساز و سازنده بارور ساختند؛ کمال
تقدیر و تشکر نمایم.

و یزکیهم و يعلمهم الكتاب و الحکمه...

چکیده

سیستم بانکداری ایران در مسیر شیوه بانکداری اسلامی سایر کشورها، به سمت استفاده از عقود مبادله‌ای با بازدهی ثابت همانند عقد پرکاربرد مرابحه در حال حرکت است اما بدون در نظر گرفتن ملاحظات و ضوابط فقهی و حقوقی حاکم بر ایران، این حرکت بدون آسیب نخواهد بود. این پژوهش در ابتدا با بررسی ماهیت فقهی و حقوقی مرابحه، به شروط و مراحل انجام مرابحه سفارشی که در بانک کاربرد دارد پرداخته و سپس روایات ناظر به عدم تعهد مشتری و بایع پس از خرید کالا بررسی شده و برای آن راهکار ارائه شده است. در فصل بعد به تبیین معضل مهم صوری‌سازی تسهیلات اشاره و چهار شکل از انواع صوری شدن عقود تفکیک شده و در ادامه نیز هشت راهکار پیشنهادی برای کاهش حجم انبوه معاملات صوری در نظام بانکی تشریح شده است.

چالش مهمی که اجرای قرارداد بیع مرابحه با آن مواجه است، بحث ورود خدمات به دامنه موضوع عقد بیع است. با توجه به آنکه یک گروه از فقها و حقوقدانان دامنه بیع را منحصر محدود به اعیان کرده‌اند، در این نوشتار، اقوال دو گروه دیگر که قلمرو بیع را به منافع و حقوق مالی نیز تسری داده‌اند، بررسی گشته و سپس با سه دلیل نتیجه‌گیری می‌شود لزوم عینیت در مبیع ضروری نیست. در ادامه ماهیت منافع و حقوق مالی و علی‌الخصوص عقد اجاره اشخاص که رکن اصلی ماهیت فقهی و حقوقی خدمات موجود در جامعه است، تبیین گشته و سپس چالشهای فقهی و حقوقی ارائه خدمات در قالب عقد مرابحه مطرح احصا شده است. در نهایت برای پی‌ریزی اجاره اشخاص در قالب عقد بیع مرابحه مدل و الگوهایی در قالب تعهداتی از جمله قراردادهای تملیکی و تعهدی و بیع حقوق معنوی مورد مذاقه و بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی

تسهیلات مرابحه، قرارداد صوری، قلمرو بیع، مرابحه خدمات، اجاره اشخاص

فهرست مطالب

۱	فصل یک: کلیات و ادبیات پژوهش.....	۶
۱,۱	سؤالات اصلی و فرعی.....	۷
۱,۲	فرضیه.....	۷
۱,۳	روش انجام پژوهش.....	۷
۱,۴	پیشینه تحقیق.....	۷
۱,۵	نوآوری پژوهش.....	۹
۱,۶	ضرورت و مساله بحث.....	۱۰
۱,۷	جایگاه مرابحه در حقوق موضوعه.....	۱۲
۱,۸	تعریف مرابحه.....	۱۴
۱,۹	انواع مرابحه.....	۱۵
۱,۹,۱	اصالتی و وکالتی.....	۱۵
۱,۹,۲	سود درصدی و مبلغی.....	۱۵
۱,۹,۳	مرابحه نقدی و نسیه.....	۱۵
۱,۹,۴	مرابحه عادی (بسیط) و سفارشی (مرکب).....	۱۶
۱,۹,۴,۱	شروط کلی صحت مرابحه سفارشی.....	۱۶
۱,۹,۴,۲	مراحل انجام بیع مرابحه سفارشی.....	۱۶
۱,۹,۴,۳	روایات ناظر به عدم تعهد مشتری و بایع پس از خرید کالا.....	۱۷
۱,۹,۴,۳,۱	راهکارها.....	۲۰
۱,۱۰	مرابحه در جهان.....	۲۳
۱,۱۱	تفاوت مرابحه و فروش اقساطی.....	۲۴
۲	فصل دوم: صوری سازی.....	۲۵
۲,۱	معضل صوری سازی و انحراف منابع بانکی.....	۲۶
۲,۲	تبعیت عقد از قصد.....	۲۶

۲,۳	لزوم نقش آفرینی بانک عامل برای صوری نشدن عقد مرابحه.....	۲۹
۲,۴	انواع گونه‌های صوری سازی.....	۳۰
۲.۴.۱	عدم انجام معاملات واقعی.....	۳۰
۲.۴.۲	تخلف از مفاد قراردادها.....	۳۰
۲.۴.۳	عدم برقراری ارتباط با اقتصاد واقعی و مقصود سیاستگذار.....	۳۱
۲.۴.۴	معاملات با انگیزه نهایی دستیابی به منابع نقد.....	۳۱
۲,۵	ابزارهای جلوگیری از صوری سازی.....	۳۲
۲,۵,۱	سیستم هوشمند پایانه‌های فروشگاهی و مودیان مالیاتی.....	۳۲
۲,۵,۲	سامانه جامع گارانتی و خدمات پس از فروش.....	۳۳
۲,۵,۳	پرداخت مبلغ تسهیلات به شکل مستقیم از سمت بانک به فروشنده نهایی کالا و خدمات	
	۳۴	
۲,۵,۴	بررسی طرح توجیهی پروژه‌ها پیش از اعطا تسهیلات.....	۳۵
۲.۵.۵	تنوع دادن به تسهیلات.....	۳۵
۲.۵.۶	ضرورت تدوین نظام آموزش شرعی برای کارمندان و مشتریان بانکها.....	۳۶
۲.۵.۷	استقرار سیستم اعتبارسنجی و رتبه بندی شرعی.....	۳۷
۲.۵.۸	استفاده از ابزارهای نوین مالی مانند فین تک.....	۳۸
۳	فصل سوم: قلمرو عقد بیع مرابحه در اقوال فقها و حقوقدانان.....	۴۰
۳.۱	می‌تواند شامل اعیان، منافع و حقوق مالی باشد.....	۴۱
۳.۲	می‌تواند شامل اعیان و حقوق مالی باشد.....	۴۵
۳.۳	می‌تواند فقط شامل اعیان باشد.....	۴۵
۳.۴	نتیجه گیری.....	۴۷
۳.۴.۱	ادله عدم لزوم عین بودن بیع.....	۴۸
۳,۴,۱,۱	استعمال واژگانی غیر از عین برای تعریف بیع.....	۴۸
۳.۴.۱.۲	ارجاع فقها به تعریف عرف.....	۴۹

ب

.....	۳.۴.۱.۳	عدم شرط عینیت برای نقل مبیع	۵۰
.....	۴	فصل چهارم: تبیین ماهیت منافع، حقوق مالی و اجاره اشخاص	۵۲
.....	۴,۱	تعریف منفعت	۵۳
.....	۴,۲	اقسام انتفاع از عین	۵۴
.....	۴,۳	تعریف حقوق مالی	۵۵
.....	۴,۳,۱	اقسام حقوق	۵۶
.....	۴.۳.۲	فرق دیون و حقوق مالی	۵۷
.....	۴,۴	تعریف خدمات و اجاره اشخاص	۵۷
.....	۴,۴,۱	تعریف اقتصادی- تجاری عقد اجاره اشخاص	۵۸
.....	۴,۴,۲	تعریف فقهی و حقوقی	۵۹
.....	۴,۵	اوصاف و ویژگی‌های اجاره اشخاص	۶۱
.....	۴,۵,۱	اجیر عام و اجیر خاص	۶۱
.....	۴.۵.۲	بررسی مالیت داشتن خدمت اجیر	۶۲
.....	۴,۵,۳	بررسی تملیکی یا عهدی بودن عقد اجاره اشخاص	۶۵
.....	۴,۵,۴	تسلیط اعتباری اجاره اشخاص	۶۶
.....	۴.۵.۵	تسلیم اجاره اشخاص	۶۶
.....	۵	فصل پنجم: تطبیق قواعد بیع منافع و حقوق مالی با احکام و اوصاف عقد بیع	۶۸
.....	۵.۱	اوصاف مبیع	۶۹
.....	۵,۲	چالش‌های فروش خدمات در قالب عقد مرابحه	۶۹
.....	۵.۲.۱	لزوم موجود بودن موضوع مرابحه در هنگام عقد	۶۹
.....	۵.۲.۲	لزوم تحصیل موضوع قرارداد مرابحه قبل از عقد	۷۰
.....	۵.۲.۳	علم تفصیلی خریدار به اوصاف، مقدار و جنس مبیع	۷۲
.....	۵.۲.۴	معلوم بودن قیمت اصل سرمایه و سود متعلق به بانک	۷۳
.....	۵,۳	مدلهای حقوقی و فقهی پیشنهادی برای ماهیت بیع مرابحه خدمات (اجاره اشخاص)	۷۳

۷۴	مدلهای فروش یک خدمت در فضای بازار	۵.۴
۷۵	انواع شیوه‌های تسلیم اجاره اشخاص به مستاجر	۵.۵
۷۶	تملیکی و عهدی بودن	۵.۶
۷۷	تفاوت آثار عملیاتی بیع مرابحه و اجاره اشخاص (خدمات)	۵.۶.۱
۷۸	آثار تملیکی یا عهدی بودن اجاره اشخاص	۵,۶,۲
۷۹	نتیجه‌گیری و ارائه مدلهای پیشنهادی برای بیع مرابحه خدمات	۵,۷
۷۹	تملیکی	۵,۷,۱
۸۰	انقضاء قرارداد بانکی مرابحه خدمات به شیوه تملیکی	۵,۷,۱,۱
۸۱	عهدی	۵.۷.۲
۸۲	انقضاء قرارداد بانکی به شیوه عهدی	۵.۷.۲.۱
۸۳	انتقال حق مالکیت بر منافع اجیر (حقوق معنوی)	۵.۷.۳
۸۴	منابع و مآخذ	۶
۸۵	منابع فارسی	۶,۱
۸۸	منابع عربی	۶,۲

۱. فصل یک: کلیات و ادبیات پژوهش

۱,۱ سؤالات اصلی و فرعی

با توجه به اینکه فروش خدمات ماهیت اجاره اشخاص دارند، چگونه می‌توان بدون مشکلات شرعی و ضوابط حقوقی مطرح در عقود معین و تعهدات، این عقد در ذیل بیع مرابحه در نظام بانکی ایران پیاده سازی شود؟
قلمرو انعقاد عقد بیع در سه حوزه اعیان، منافع و حقوق چگونه است؟

راهکارهای جلوگیری از صوری شدن مرابحه چیست؟

۱,۲ فرضیه

به کارگیری گسترده عقد بیع مرابحه با توجه دامنه گسترده آن در ذیل خدمات و اجاره اشخاص، همانگونه که در طرح جدید بانکداری نیز ق نیز با شائبه‌های فقهی و حقوقی در مقام اجرا در نظام بانکی ایران مواجه است و بنابراین نیازمند نقد و بررسی است تا در نهایت بتوان با ارائه راهکارهای مناسب الگو مناسبی برای بیع مرابحه خدمات ارائه داد.

۱,۳ روش انجام پژوهش

روش تحقیق کیفی (توصیفی-تحلیلی) و روش گردآوری اطلاعات اسنادی- کتابخانه ای است. در این پژوهش با استناد و مراجعه به منابع متقن و مستدل موجود در کتب و مقالات و نرم افزارها اطلاعات لازم گردآوری شده و تحلیل آن، نتیجه مورد نظر ارائه خواهد شد.

۱,۴ پیشینه تحقیق

(محمد تقی علوی، ابراهیم شعاریان، و ایرج اسفندیاری، ۱۳۹۲) در این پایان نامه در چهار فصل به جنبه‌های حقوقی مرابحه و کمی نیز به مباحث فقهی آن اشاره شده است. در فصل اول مختصراً به ماهیت و مفاهیم حقوقی مرابحه پرداخته و سپس سایر عقود را با آن مقایسه کرده است. در بخش دوم پایان نامه مولف بیشتر به بررسی ماهیت عقد بیع به عنوان عقد پایه مرابحه پرداخته است. در این پایان نامه تفصیلاً به دیدگاه‌های فقهی متاخرین و متقدمین به عقد مرابحه پرداخته نشده است و همچنین آسیب شناسی در مورد اجرایی سازی مرابحه در نظام بانکی در آن وجود ندارد.

(جعفرهاشمی باجگانی و پدیدآور فرانک موذن، ۱۳۹۲) در این پایان نامه عمدتاً پیرامون تعریف و تبیین علم حقوق بانکی پرداخته شده است و فصل اول آن به مفاهیم حقوق بانکی سپری شده است و نیز انواع عقود به کارگیری شده در نظام بانکی با تاکید بر عقود استصناع و مرابحه احصا شده است.

(علی محامد، عباس موسویان، اصغر ابوالحسنی هستیانی، و پدیدآور رضا محبی مجد، ۱۳۹۳) در این پایان نامه به طور تفصیلی به ماهیت و کاربردهای کارتهای بانکی اشاره داشته است و در ضمن عقود که قابل اجرا بر این کارتها هستند ذکر شده و به کارت مرابحه به شکل تفصیلی نیز پرداخته شده است.

(علیرضا پور و زهرا جهانیان، ۱۳۹۵) این پایان نامه علاوه بر تعریف کلیات و شرایط اساسی عقد مرابحه و ذکر تعدادی از روایات آن، برای اثبات مشروعیت مرابحه سفارشی به تعدادی قواعد فقهی استناد کرده است و آن را تشریح کرده است. همچنین ضمن تشریح جزئیات عملیات بانکی در حوزه تسهیلات از جمله فروش اقساطی، ماهیت مرابحه را در سیستم بانکی تشریح کرده است.

(سلطانی و شیروانی زاده آرانی، ۲۰۱۶ الف) در این مقاله به طور گذرا به ماهیت و شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد مرابحه پرداخته شده است و مختصراً به چالشهای به کارگیری خدمات در ذیل مرابحه اشاره شده است. نگارندگان مطابق با گسترش موضوعی این قرارداد به بخش اموال و خدمات، به طور خلاصه و مجمل سعی در عیب یابی تطبیق بیع مرابحه بر خدمات و اجاره اشخاص داشته اند.

(محمدهادی قبولی درافشان و محمد مهدی قبولی درافشان، ۱۳۹۶) در این مقاله گفته شده 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. انجام قرارداد مرابحه توسط بانک یا موسسه 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.

(علیرضا عالی پناه و بهروز علیزاده، ۱۳۹۶) در این نوشتار شروط اختصاصی مرابحه مخصوصاً شرط تعیین قیمت راس المال، علم طرفین به راس مال و ربح، مقبوض بودن مورد معامله و مثلی بودن راس المال را که در متون فقهی و حقوقی مورد اشاره قرار گرفته اند را مورد بحث و بررسی قرار داده است.

(دکتر عباس موسویان، ۱۳۹۰) مروری بر مبانی فقهی و حقوقی قرارداد مرابحه و آیین نامه‌های آن و بیان تفاوت‌های اساسی این قرارداد با فروش اقساطی رایج در نظام بانکی، به کاربرد صحیح آن در اعطای تسهیلات و به کاربرد خاص آن به صورت کارتهای اعتباری خرید کالاها و خدمات بپردازیم.

(عباس موسویان، ۱۳۸۶) در این مقاله با نقد و بررسی راهکار بانک مرکزی، راهکار دیگری جهت سامان دادن معامله‌های کارت‌های اعتباری براساس قرارداد بیع مرابحه (فروش اقساطی) و ایده فروشگاه الکترونیکی اعتباری پیشنهاد می‌شود.

(جلالی، موسویان، و مصباحی، ۱۳۹۱) در این کتاب به شکل تفصیلی به ماهیت فروش اقساطی و انواع عقد مرابحه و مخصوصاً عقد مرابحه سفارشی به عنوان عقد مورد کاربرد سیستم بانکی پرداخته شده است. در این کتاب با جمع آوری انبوهی از روایات امامیه، شروط صحت عقد مرابحه و شبهات عملیاتی آن مورد بررسی قرار گرفته است.

(قرضاوی، ۱۴۲۱) در این کتاب بیع مرابحه سفارشی یا بیع المرابحه الامر لآمر لشرایع به عنوان قرارداد بانکی پر کاربرد در بانکهای اسلامی از منظر فقه اهل سنت مورد بررسی قرار گرفته است. در این کتاب شبهاتی پیرامون ربوی بودن و یا بیع العینه بودن مرابحه مطرح و به آن پاسخ داده شده است.

۱.۵ نوآوری پژوهش

در موضوع عقد مرابحه و اوراق بهادار اسلامی مرابحه نگارشات و مقالات متعددی به چاپ رسیده است. اما این پایان نامه با نگاهی موشکافانه ابعاد جدیدی از این عقد را در راستای اجرای آن در سیستم بانکی مورد مذاقه قرار داده است.

این پایان نامه با نگاهی چند وجهی و نوآورانه به شیوه عملیاتی اجرای مرابحه در سیستم بانکی، ابتدا به معضل صوری بودن عقود در نظام بانکی و ریسک صوری شدن عقود و نیز رعایت ضوابط فقهی اختصاصی مرابحه، در قالب نظام بانکی فعلی می‌پردازد و در این زمینه با طرح جدید یکی از گونه‌های صوری شدن به نام «عدم برقراری ارتباط با اقتصاد واقعی و مقصود سیاستگذار» به رابطه سیاستگذار در جایگاه بایع (عاقد) و مشتری (معقودله) پرداخته است

سپس و با ارائه راهکارها و نکات جدیدی همچون سامانه مودیان مالیاتی، سامانه جامع گارانتی و ابزارهای هوشمند در مبحث جلوگیری از صوری شدن و نیز گواهی قبول استرداد در مبحث رعایت شروط اختصاصی مرابحه سعی در اجرای بدون اشکال این عقد در سیستم بانکی دارد.

در فصول بعد به موضوع چالشی و اختلافی قلمرو بیع اشاره می‌شود تا بحث جواز بیع حق و منفعت مورد کنکاش واقع شود. در این زمینه بر اساس تفکیک میان اقوال فقها و حقوقدانان سه دسته بندی جدیدی درباره نظرات ایشان درباره قلمرو بیع ارائه شده است و در نهایت با سه دلیل نتیجه گیری می‌شود که لزومی برای

عین بودن مبیع وجود ندارد. «استعمال واژگانی غیر از عین برای تعریف مبیع»، «ارجاع فقها به تعریف عرفی بیع» و «عدم شرط عینیت برای نقل مبیع» از جمله دلایل فقهی از کلام فقهای متأخر و متقدم استخراج شده است که برای عدم لزوم عین بودن مبیع مطرح می‌شود.

در فصول بعد نیز به شکل مبسوط به بحث ماهیت بیع مرابحه خدمات که ماهیت اصلی آن عقد اجاره اشخاص است، پرداخته می‌شود و در این راستا اجاره اشخاص از منظر مالیت داشتن یا نداشتن و شباهتها و افتراقات آن با عقد بیع مورد بررسی قرار گرفته و نتیجه گیری می‌شود که خدمات دارای مالیت و انتقال آن به عقود تملیکی شباهت بیشتری دارند.

همچنین در فصل آخر برای تطبیق قواعد انتقال منافع اشخاص در قالب بیع مرابحه ابتدا چالشهای ارائه خدمات در قالب عقد مرابحه مطرح می‌شود. «لزوم موجود بودن موضوع مرابحه در هنگام عقد»، «لزوم تحصیل مال موضوع مرابحه»، «معلوم بودن اوصاف، جنس و مقدار» و «معلوم بودن قیمت اصل سرمایه و سود متعلق به بانک» از جمله چالشهای بیع خدمات عنوان شده است که در این مقاله برای اولین بار به شکل تفصیلی به آن اشاره می‌شود و ابهامات حقوقی و فقهی آن مطرح می‌شود.

سپس در نهایت برای پی ریزی اجاره اشخاص در قالب عقد بیع مرابحه مدل و الگوهایی در قالب تعهداتی از جمله قراردادهای تملیکی و تعهدی و بیع حقوق معنوی مطرح می‌شود تا بتوان ذیل این الگوها یک چهارچوب کم نقص جدیدی برای قرارداد بیع مرابحه بانکی خدمات در ابعاد فقهی و حقوقی مطرح کرد.

۱،۶ ضرورت و مساله بحث

این عقد از جمله عقود مبادله ای و با ماهیت نرخ بازدهی ثابت است و همین باب مورد اقبال بانکهای اسلامی قرار گرفته است. بانکداری ایران هم از قضیه مستثنی نشده است و طرح جدید بانکداری در مجلس شورای اسلامی که شامل سه بخش: «طرح یک فوریتی قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران»، «طرح تأسیس بانک توسعه جمهوری اسلامی ایران» و «طرح بانکداری جمهوری اسلامی ایران» تهیه شده و در حال پیگیری و تصویب است؛ سیاست را بر آن داشته است که غالب قراردادهای بانکی را به سمت عقود با ماهیت بازدهی ثابت (مبادله ای) و علی الخصوص عقد مرابحه سوق بدهد و سهم عقود مشارکتی را در سیستم بانکی کاهش دهد. در این طرح استفاده از عقود مشارکتی با شرایط و ضوابط خاصی که بر آن اعمال شده است به نوعی عملاً برای استفاده عامه مردم به نوعی محدود شده و عقود غیرمشارکتی از جمله مرابحه و چند عقد دیگر برای تامین مالی خرد و متوسط عمومی مورد تجویز قرار گرفته است.

موضوع مهم تر در بررسی تسهیلات مرابحه بانکی آن است که عقد بیع مرابحه در قوانین مصوب قرار است شامل کالا و خدمات نیز باشد اما این در حالی است که عمده خدمات دارای ماهیت اجاره اشخاص هستند و این خود باعث خواهد شد ماهیت نامعلوم بیع مرابحه خدمات با شائبه‌های فقهی و حقوقی علی‌الخصوص در محاکم قضایی مواجه شود.

البته بدون در نظر گرفتن بحث خدمات و اجاره اشخاص بنا بر مطالعات صورت گرفته در نظام پولی و مالی کشور، ۷۰ درصد منابع موردنیاز چه در خانوارها و چه در بنگاه‌های اقتصادی، برای خرید کالا است که البته کالا به معنای وسیع و شامل ساختمان و زمین و اتومبیل و... می‌شود و بانک نیز با احتساب سود خود به تامین نیازهای کالایی و خدماتی متقاضیان در قالب خدمات می‌پردازد. بنابراین قرارداد مرابحه به راحتی می‌تواند نیازهای کالایی مردم را پوشش دهد. دومین نیاز خانوارها و بنگاه‌ها که حدود ۲۰ درصد کل نیازها را پوشش داده است، بخش تقاضای خدمات است. در نتیجه قرارداد مرابحه به تنهایی و بطور طبیعی و بدون در نظر گرفتن چالش مرابحه خدمات و بدون هرگونه شرط ضمن عقد، می‌تواند ۸۰ درصد از نیازهای صنعت بانکداری را پوشش دهد. («عقد مرابحه، پرکاربردترین عقد است - پورتال بانکداری اسلامی»، ۱۳۹۴)

اما در این بین، به علت آنکه مرابحه کالا و خدمات این قابلیت را دارد که هرگونه تسهیلاتی اعم از عقود با ماهیت مشارکتی و غیر مشارکتی را در درون خود جای دهد، بنابراین خطر صوری شدن در محتوای آن نسبت به سایر عقود محتمل تر خواهد شد.

مرابحه از آن جهت مطلوب بانکها است که اولاً؛ مشکلات عقود مشارکتی برای شراکت در سود و زیان را به همراه ندارد و ثانیاً؛ عمده تسهیلات بانکی را وام‌های خرد و کوچک همانند خرید اتومبیل و لوازم خانگی و... تشکیل می‌دهد. بنابراین شراکت با تعداد زیادی افراد برای بانک دشوار می‌باشد بنابراین مرابحه بهترین گزینه برای بانکها خواهد بود.

اما از سوی دیگر به عقیده برخی کارشناسان و فعالان بانکی پیش بینی می‌شود ریسک گریزی و عدم نظارت دقیق بانکهای ایران موجب بشود مانند سایر قراردادهای بانکی با پوشش عقد مرابحه به شکلی راحتتر بتوانند این عقد شرعی را دور بزنند و با صوری سازی آن نه تنها تمام منافع و سود تسهیلات را متوجه خود و تمام زیان و ریسک معامله را متوجه مشتری سازند بلکه با عدم نظارت بر شیوه صحیح اجرایی شدن مرابحه، تامین مالی موثری برای اقتصاد واقعی و فعالیتهای مولد تولیدی نیز انجام ندهد. («قراردادهای جدید بانکی با طعم کلاه شرعی؛ بانکها با خیال راحت سود ثابت می‌گیرند - اخبار اقتصادی تسنیم | «Tasnim, ۱۳۹۷»)

همانگونه که صراحتاً اشاره شده است، محل تامین مالی برای پرداخت سود به سپرده عام در طرح جامع بانکداری جمهوری اسلامی ایران، از محل تسهیلات مبادله‌ای با بازدهی ثابت (همانند مرابحه) تعیین شده است. با توجه به اینکه در ماهیت عقد مرابحه اختلاف آراء درباره ویژگی‌های اختصاصی و عمومی آن وجود دارد بنابراین ضروری است از ابعاد و نظریات فقها و علمای حقوق در این زمینه تحلیل و بررسی لازم به عمل بیاد تا فروش خدمات و کالا-علی‌الخصوص خدمات که ماهیتاً ذیل اجاره اشخاص هست و نه بیع- در قالب عقد مرابحه با اصول فقهی و حقوقی تعارضی پیدا نکند و تسهیلات بیع مرابحه به درستی در سیستم بانکی توزیع شود.

در شبکه بانکی کشور، تا سال ۱۳۸۹، تنها نوع خاصی از قرارداد مرابحه (فروش اقساطی) در قانون عملیات بانکی بدون ربا ایران وجود داشت اما در این سال و با تصویب قانون برنامه پنجم توسعه، قراردادهای مرابحه، خرید دین و استصناع به فصل ۳ از قانون عملیات بانکی بدون ربا اضافه شد. پیرو آن، هیئت‌وزیران به پیشنهاد بانک مرکزی و با استناد به ماده ۹۸ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۸۹)، آیین‌نامه قرارداد مرابحه را به شرح ذیل ابلاغ کرد.

الف- مرابحه قراردادی است که به موجب آن عرضه‌کننده، بهای تمام‌شده اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می‌رساند و سپس با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به‌عنوان سود، آن را به صورت نقدی، نسیه دفعی یا اقساطی، به اقساط مساوی یا غیرمساوی در سررسید یا سررسیدهای معین به متقاضی واگذار می‌کند.

ب- بانک‌ها می‌توانند به منظور رفع نیازهای واحدهای تولیدی، خدماتی و بازرگانی و برای تهیه مواد اولیه، لوازم یدکی، ابزار کار، ماشین‌آلات، تأسیسات، زمین و سایر کالاها و خدمات مورد احتیاج این واحدها و نیازهای خانوارها برای تهیه مسکن، کالاهای بادوام مصرفی و خدمات، به سفارش و درخواست متقاضی، این اموال و خدمات را تهیه و تملک کرده و سپس آن را در قالب مرابحه به متقاضی واگذار کنند.

پ- بانک‌ها مکلف‌اند قبل از انعقاد مرابحه، اطمینان حاصل نمایند که اصل منابع و سود متعلقه در طول مدت قرارداد، قابل برگشت است.

ت- اعطای تسهیلات در قالب مرابحه با توجه به بهای تمام‌شده و سود بانک تعیین خواهد شد.

ث- بانک‌ها مکلف‌اند تمهیدات لازم را برای استفاده از ابزارها و کارت‌های الکترونیکی در قالب مرابحه فراهم نمایند.

به علاوه دستور العمل اجرایی عقد مرابحه مصوب شورای پول و اعتبار مصوب سال ۱۳۹۰ و آئین نامه الحاقی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب هیئت وزیران سال ۱۳۹۰ نیز به این عقد اشاره و سعی دارد که متناسب با نیازمندی‌های سیستم بانکی، قلمرو بیع مرابحه را به اموال و خدمات گسترش بدهد.

در سال ۹۰، «دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه» پس از تصویب در شورای پول و اعتبار، طی بخشنامه شماره ۹۰،۱۴۱۶۹۶ مورخ ۱۳۹۰،۶،۲۰، به شبکه بانکی کشور ابلاغ شد.

بدین ترتیب بر اساس این تصویب نامه، در ارتباط با عقد مرابحه با عنایت به جامعیت عقد مزبور هم در رابطه با اموال و هم در خصوص خدمات و روش‌های متنوع بازپرداخت تسهیلات اعطایی در قالب عقد یادشده، شامل نقدی و نسیه (اعم از دفعی و اقساطی)، این عقد می‌تواند طیف گسترده‌ای از نیازهای اشخاص حقیقی و حقوقی و بالاخص بنگاه‌های تولیدی را برآورده کند.

آئین نامه هیئت وزیران بر خلاف ادبیات حقوقی رایج، برای تعریف بیع مرابحه به جای تملیک عین به عوض معلوم از مبیع اموال و خدمات سخن به میان آورده است، این در حالی است که قانون مدنی به عنوان قانون مادر، بیع را فقط شامل عین دانسته است. ماده ۳۳۸ قانون مدنی می‌گوید بیع عبارت است از تملیک عین به عوض.

بنابراین ایراد به اصل تصویب نامه این آیین نامه وارد می‌شود که آیا هیئت وزیران می‌توانند مرجع تصویب چنین قانونی باشند یا به تعبیر دیگر صلاحیت قانون‌گذاری به صورت ماهوی دارد؟ به سبب آن که، ماده ۳۳۸ قانون مدنی نسخ ضمنی کرده است و به عبارت دیگر آیا هیئت وزیران می‌تواند قانون مصوب مجلس را نسخ کند؟ علاوه بر آنکه به جز دستورالعمل و آئین نامه مذکور، در حقوق موضوعه نص خاصی برای عقد مرابحه وجود ندارد، به همین خاطر جای کار دارد تا احکام، اوصاف و ضمانت اجرایی این قرارداد بانکی به خوبی موشکافی و تبیین و تشریح گردد.

همچنین در مواد ۹۶ تا ۱۰۶ طرح جدید بانکداری اسلامی مستقیماً به انواع جدید سپرده پذیري بانکها اشاره شده است. تفکیک سپرده‌ها به سپرده سرمایه‌گذاری خاص و عام اولین بار است که پس از قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۶۳ اتفاق می‌افتد. بنابراین چهار نوع سپرده: جاری، قرضه الحسنه، عام و خاص از همدیگر تفکیک شده است. بنابراین اولین بار است که سیستم سپرده بلند مدت ۲ سپرده ای (عام. خاص) بر اساس دو نوع عقود (مبادله ای و مشارکتی) در ایران شکل می‌گیرد که بر اساس سیاست‌های پولی و بانکی عمده سپرده‌پذیری بر اساس سپرده عام با نرخ ثابت خواهد بود و غالب تسهیلات اعطایی از محل سپرده عام با عقد مرابحه صورت خواهد پذیرفت.

۱.۸ تعریف مرابحه

از منظر تعداد اشاره روایات، مرابحه یکی از عقود پرکاربرد و پررنگ در روایات و احادیث امامیه است. (عزت الله گنج خاندو، ۱۳۹۸، ص ۸۸) از فقهای امامیه متقدمین تا معاصرین بسیاری به عقد مرابحه اشاره داشته اند. در غالب متون فقهی به بیع مرابحه این چنین توصیف شده است: مرابحه یکی از اقسام بیع است و آن عبارت از این است که بائع به خریدار کالا مورد نظر را ذکر کند و آن را به بیشتر از قیمت خرید آن به خریدار بفروشند. البته متعاقدین هر دو باید به اصل قیمت آگاهی داشته باشند. (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۴۱-۱۴۲) (خمینی، ۱۴۲۷ الف، ج ۱، ص ۵۸۱)

آگاهی به اصل سرمایه و هزینه‌های مرتبط برای خرید مبیع در مرابحه ضروری است اگر چه از منظر فقهی بیع مساومه یعنی عدم اخبار ارجح است. (محقق حلی و شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۰۶)

در این عقد فروشنده باید قیمت راس المال (قیمت بهای تمام شده برای فروشنده) را به مشتری اعلام کند و سپس با افزودن مبلغی به عنوان سود، کالا را به فروش رساند. در آئین نامه عملیات بانکی بدون ربا و نیز دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه به صراحت آورده شده است که عرضه کننده بهای تمام شده کالا و خدمات را به آگاهی مشتری باید برساند. بهای تمام شده اموال و خدمات در حقیقت همان راس المال است که بدون سود و زیاده متعلق به بانک است و در حقیقت صرفاً قیمت همان عقد اولیه است. (علی زاده، ۲۰۱۸، ص ۱۲۵ و ۱۳۲)

از شروط اساسی انجام بیع مرابحه این است که اولاً؛ مشهور فقهای شیعه و عامه متفق هستند این است که قیمت راس المال یا اصل سرمایه در زمان انعقاد عقد برای بائع و مشتری معلوم باشد و در غیر این صورت معامله باطل است. دوماً؛ مقدار سود بائع را در وقت عقد نیز هر دو بدانند سوماً؛ دریافت هزینه‌های اضافی و جانبی مثل اجرت حمل و نقل، دلالتی، مالیات و... در ضمن اینکه الزاماً باید مشخص باشد، هر دو متعاقدین می‌توانند به صلاحدید برای پرداخت با یکدیگر توافق کنند. بنابراین راس المال و سود باید برای بائع و مشتری در زمان انعقاد عقد معلوم باشد و در غیر این صورت معامله باطل است. درباره آثار جهل به راس المال دو قول وجود دارد. عده ای همچون علامه حلی در تذکره و شیخ طوسی در مبسوط و شهید ثانی در مسالک قائل به بطلان معامله شده اند در صورتی که جهل از سوی بائع باشد یا از سوی مشتری باشد. اما صاحب جواهر احتمال صحت معامله را داده است و آن را تقویت کرده است اما قول به بطلان در بین فقها مشهور است و حتی شیخ طوسی برای آن ادعای اجماع کرده است (جلالی و دیگران، ۱۳۹۱، ص ۴۶-۴۷)

این عقد بر خلاف عقود مشارکتی که ممکن است دچار صوری سازی شود اگر به شکل صحیح اجرایی شود می تواند به شکل مستقیم با تولید ارتباط برقرار کند بدین صورت که در این عقد بانک موظف است کالایی را خریداری کرده و به مشتری بفروشد، یعنی آنکه در اقتصاد واقعی و حقیقی پدیده ای رخ دهد. همچنین لازم است فروش کالا به مشتری بعد از خرید بایع و تملک وی انجام شود و فروش قبل از خرید صحیح نیست (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷ الف، ص ۷۹).

۱,۹ انواع مرابحه

بیع مرابحه می تواند به اشکال و انواع متعددی منعقد شود. عادی و مرکب، نسیه و نقدی، اصالتی و وکالتی، سود درصدی و سود مبلغی از جمله این اشکال است.

۱,۹,۱ اصالتی و وکالتی

در مرابحه اصالتی خود بانک شخصا عهده دار خرید مبیع مورد نظر مشتری می شود و آن را خریداری می کند که این موضوع عملاً به علت تعداد بالای درخواست تسهیلات خرد برای بانک غیر مقدور است و فقط ممکن است بانک برای برخی سفارشات که ارزش بالایی دارند مرابحه اصالتی را جاری سازد. از سوی دیگر بانک می تواند مشتری را وکیل خود برای خرید کالای مورد نظر قرار دهد. در اینجا مسئله مهمی که وجود دارد آن است که مشتری صرفاً موظف است به نیابت از بانک مبیع مورد نظر را خریداری کند چراکه مبیع ابتدا باید بر ملکیت بانک وارد شود و سپس به مشتری فروخته شود.

۱,۹,۲ سود درصدی و مبلغی

مرابحه به دو شکل سود درصدی و مبلغی می تواند منعقد شود. در سود مبلغی بانک مبیع را همراه با سود معین خود به مشتری می فروشد اما در سود درصدی بانک مبیع را بر اساس یک درصد مشخص به مشتری می فروشد

۱,۹,۳ مرابحه نقدی و نسیه

در مرابحه نقدی مشتری ثمن مبیع را یکجا به بانک پرداخت می کند اما در نسیه در بلند مدت و در اقساطی قیمت مبیع و سود آن را به بانک عودت می دهد. تمامی عقد مرابحه در سیستم بانکی به شکل نسیه و اعتبار صورت می پذیرد چراکه مشتریان به دلیل فقدان نقدینگی به بانک مراجعه می کنند

در مرابحه نسیه لازم است اولاً؛ تعیین مهلت پرداخت که بلافاصله پس از انعقاد عقد شروع می شود باید در یک زمان معین که مورد توافق طرفین است پایان یابد و این زمان باید معین باشد و احتمال کم و زیاد در آن

وجود نداشته باشد. دوما؛ مبلغ هر یک از اقساط و تاریخ پرداخت آن دقیق باشد تا احتمال هرگونه غرر و جهالت در آن وجود نداشته باشد

۱,۹,۴ مرابحه عادی (بسیط) و سفارشی (مرکب)

در مرابحه عادی بانک به شخصه اقدام به خرید اجناسی میکند تا به امید روزی که مشتری برای آن پیدا شود و آن را خریداری کند. اما در مرابحه سفارشی یا مرابحه العامل لشرای بانک به عنوان واسطه عمل می‌کند و در اینجا مشتری سفارش خود را به بانک ارائه می‌دهد و بانک نیز مبیع را از فروشنده خریداری و با سود معین به مشتری می‌فروشد

در مرابحه سفارشی بر خلاف مرابحه عادی یک مواعده منعقد می‌شود که در خلال آن بانک (بایع) به عنوان واسطه متعهد به تهیه کالا و خدمات و فروش آن به مشتری می‌شود و از سوی دیگر مشتری نیز قول می‌دهد که کالا را پس از تهیه از سوی بانک خریداری کند.

۱,۹,۴,۱ شروط کلی صحت مرابحه سفارشی

شروط کلی صحت عقد بیع در بیع مرابحه سفارشی یا دستوردهنده برای خرید هم جاری است. مثل شروط متعاقدين، اوصاف مبیع و ثمن، عقد و .. علاوه بر شروط بیع این شروط اختصاصی برای مرابحه نیز باید وجود داشته باشد:

۱. علم مشتری به ثمن معامله بانک (بایع) در بیع نخست (خرید بانک از فروشنده کالا و خدمات). بنابراین در صورت جهل مشتری به ثمن بیع دوم (فروش بانک به مشتری) باطل است
۲. مقدار سود بانک در بیع دوم باید معلوم باشد چراکه جزئی از ثمن است خواه به درصد یا به مقدار باشد
۳. ثمن و مثن در بیع نخست، همجنس ربوی نباشند چراکه بیع مرابحه ربوی خواهد
۴. سرمایه هزینه شده در بیع نخست (خرید کالا و خدمات توسط بانک) مثلی باشد مثل اسکناسها و مکیلات و معدودات

۵. عقد بیع نخست صحیح باشد تا بیع دوم آسیبی نبیند

۱,۹,۴,۲ مراحل انجام بیع مرابحه سفارشی

بیع مرابحه مجموعاً از پنج مرحله تشکیل شده می‌شود:

الف. درخواست مشتری از بایع مبنی بر خرید کالایی معین (مواعده)