

ماهیت و شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد مباحه در حقوق ایران

محمد سلطانی^۱
حامد شیروانی زاده آرانی^۲

تاریخ دریافت: ؛ تاریخ پذیرش:

چکیده

مباحه که در کتاب‌های فقهی ذیل تقسیم‌بندی‌های عقد بیع به آن اشاره شده، چندی است که با تصویب قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران به تصریح قانون، وارد عرصه حقوقی کشور ما شده است. به‌کارگیری صحیح هر قرارداد و نیز استفاده از ظرفیت‌های قانونی کامل آن در نظام حقوقی، در درجه اول مستلزم آن است که آن قرارداد به درستی شناخته شود. قرارداد مباحه نیز از این امر مستثنا نیست. آییننامه و دستورالعمل اخیرالتصویب مربوط به این عقد در حوزه بانکی، حاوی مقرراتی است که دقت و اکاوی مجدد در این عقد را ناگزیر می‌سازد. از جمله مهم‌ترین مقرره‌ای که با نگاهی اجمالی به مقررات وضع شده درباره این قرارداد می‌توان به آن پی برد، گسترش موضوعی این قرارداد به بخش اموال و خدمات است که این امر افزون بر تلاش‌ها برای یافتن ماهیت این قرارداد، ما را به تعمق و نگاهی دوباره به شرایط اختصاصی بیان شده در متون فقهی برای تشکیل این قرارداد و می‌دارد. با مراجعه به متون فقهی و نیز مقررات وضع شده درمی‌یابیم قرارداد مباحه که فقها آن را ذیل قرارداد بیع تشریح و بررسی کرده‌اند، ماهیتاً عقد بیع نبوده و در اساس شیوه و قالبی است که می‌توان طبق آن هر آنچه از قرارداد سابق (چه بیع و چه غیر بیع) به دست آمده باشد، با افزودن مقدار مشخصی سود به مبلغ تحصیل موضوع قرارداد (رأس المال) به دیگری واگذار کرد. بنابراین رعایت شرایط اختصاصی انعقاد این قرارداد، صرفاً صحت چنین شیوه واگذاری را، نه صحت ماهیت عقد، تضمین می‌کند.

کلیدواژه‌ها: بیع مباحه، تشکیل قرارداد، شرایط اختصاصی، مباحه

m_soltani@sbu.ac.ir

۱. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی و دانشجوی رشته حقوق خصوصی مقطع دکتری مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی

مقدمه

تنوع خواسته‌های بشری از یک سو، و نبود فرصت، امکانات طبیعی و تخصص از سوی دیگر او را از برآوردن کامل نیازهایش ناتوان ساخته و به تعامل و انعقاد قرارداد با هم‌نوعانش واداشته است. همسو با تنوع این نیازها، قراردادها نیز متنوع شدند و آرام‌آرام شکل منسجم و متمایزی به خود گرفتند. بنابراین می‌توان گفت پس هر قراردادی، احساس نیازی در تاریخ تمدن بشری نهفته است.

از همان ابتدا تفاوت در شرایط اقتصادی مردم، آن‌ها را به انعقاد قراردادهایی به صورت نقد و نسیه رهنمون شد. البته این دو نوع قرارداد کافی به‌نظر نمی‌رسید و نیاز به انعقاد قرارداد به شیوهٔ سومی احساس می‌شد؛ زیرا گاه مالک به دلایلی چون ضرورت نیاز به ثمن معامله، حاضر به واگذاری اموالش جز به صورت نقد نبود و در مقابل، شرایط طرف دیگر به گونه‌ای بود که جز به صورت نسیه توانایی خرید را نداشت. بر همین اساس، به‌تدریج تفکر ایجاد یک واسطه برای آسان‌گرداندن این معامله، به وجود آمد. بر این اساس، شخصی که توانایی پرداخت نقدی اموال را از مالک داشت، این کار را انجام می‌داد و سپس به دلیل اینکه همچون مالک پیشین ضرورتی به دریافت وجه آن به صورت نقدی نمی‌دید، آن را به نسیه به متقاضی واگذار می‌کرد. از جمله خاصیت دیگری که می‌توان درخصوص این نوع از قرارداد بیان کرد، این است که واگذار کننده کالا با این شیوه از قرارداد، با بیان مبلغ تحصیل کالا و سپس میزان سود درخواستی به نوعی آسایش خاطر اقتصادی را برای مشتری ایجاد می‌کرد؛ زیرا مشتری پس از آگاهی از قیمت تمام شده کالا برای واگذارنده تا حد زیادی خود را از غبن در معامله مصون می‌دید. البته واگذارنده کالا نیز افزون بر ایجاد اطمینان خاطر برای مشتری تا حد زیادی راه را برای چانه‌زنی و کاهش قیمت بر مشتری می‌بست.

در هر صورت با شیوع تدریجی این شیوه، این امر به شکل یک روال تجاری درآمد و تاجران آنچه را به‌طور نقد تهیه می‌کردند، با افزودن مبلغ و گاه نیز نسبتی سود (مثلاً ده به یازده) به متقاضی واگذار می‌کردند. پس از ظهور اسلام با توجه به ضرورت اجرای احکام مقدس در روابط تجاری و شائبه شباهت چنین ربح و اضافه‌ای با ربا، پرسش از خدمت ائمه معصوم، به‌ویژه در دوران طلایی امام صادق (ع)، بالا گرفت. ائمه معصوم با تجویز و امضای این قرارداد، این زیاده را از مصادیق ربا ندانسته، اساساً معامله منعقد را معامله‌ای مستقل از معامله پیشین، و شرعی و صحیح دانستند. فقهای ما در دوران مختلف، با پیروی از این

روایات آن را شرعی اعلام کرده و به صحت آن حکم می‌کرده‌اند. توجه به خاصیت منحصر به فرد نهاد مرابحه، نهادهای فقهی سازمان‌های مرتبط را بر آن داشت تا پیشنهاد افزوده شدن این عقد شرعی به عقود بانکی را به مجلس شورای اسلامی بدهند که در نهایت با تصویب قانون برنامه پنجم توسعه، این عقد بنا بر ماده ۹۸ آن قانون، وارد عرصه حقوقی کشور شد. با ورود این عقد به قوانین، هیئت وزیران نیز با استناد به همان ماده، آیین‌نامه این عقد را تصویب کرد. در پی ابلاغ این آیین‌نامه، شورای پول و اعتبار بانک مرکزی با تصویب دستورالعمل اجرایی، مقررات این عقد را برای به کارگیری در بانک‌ها و مؤسسات مالی کشور وضع و ابلاغ کرد.

با توجه به اینکه تنها متن مصوب در مقررات موضوعه که به صورت خاص و مستقل به قرارداد مرابحه و بیان شرایط انعقاد آن پرداخته، آیین‌نامه الحاقی فصل سوم عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۹۰/۵/۲ هیئت وزیران و نیز دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه مصوب ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار در خصوص مرابحه بانکی است، ناگزیر در خلال موضوعات مورد بحث به این مقررات نیز استناد می‌کنیم.

در متون فقهی، واژه مرابحه از ریشهٔ ربح به معنای زیاده و نما آمده است (محمود عبدالرحمان، بی تا، ۲۵۳؛ حماد نزیه، ۱۴۲۹، ۴۰۸) و در اصطلاح به بیعی گفته می‌شود که فروشنده قیمت رأس‌المال (قیمت تمام شده کالا توسط خود فروشنده) را به مشتری اعلام کند و سپس با افزودن مبلغی به عنوان سود، آن را به مشتری بفروشد.

تعریف فقها نیز به همین ویژگی قرارداد اشاره داشته است. برای نمونه، صاحب جواهر مرابحه را این‌چنین تعریف می‌کند: «المرابحه كما فی القواعد: البیع مع الإخبار برأس المال مع الزیاده علیه» (صاحب جواهر، بی تا، ۳۲۳)؛ یعنی مرابحه همان‌طور که در کتاب قواعد تعریف شده، عبارت است از بیعی که در آن قیمت تمام‌شده مال و سود افزوده به آن اعلام می‌شود.

علامه حلی در تعریف این عقد می‌گوید: «و المرابحه نوع من البیع، فإیجابہ کلیجابہ، و یزید: ضمُّه الربح و الإخبار بالثمن» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۲۲۱)؛ یعنی مرابحه نوعی از بیع است، ایجابش همان ایجاب بیع است و به عقد بیع افزوده می‌شود: ضمیمه شدن ربح (به ثمن) و مطلع ساختن مشتری به مقدار ثمن (خرید مبیع توسط فروشنده).

دیگر فقهای امامیه و عامه نیز با تعبیری شبیه هم این قرارداد را به مخاطبان خود شناسانده‌اند.

با توجه به بیان نشدن چنین عقدی در قانون مدنی، کمتر

حقوق‌دانی به بحث و بررسی در این حوزه ورود پیدا کرده است. فقط برخی حقوق‌دانان در تصنیفات خود با تکیه بر تعریف فقها، مباحثه را با همان عبارات فقها تعریف کرده‌اند: «نام بیعی مباحثه است که فروشنده قیمت تمام‌شده برای خود را ذکر کرده (رأس‌المال و سایر هزینه‌های تحصیل) و بهره‌ای معلوم بگیرد. از این قبیل بود، بیع ده یازده و بیع ده دوازده که در متن احادیث دیده می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۳۲۹۹).

مقررات موضوعه اخیرالتصویب مباحثه، از جمله ماده ۸۱ آیین‌نامه و نیز ماده ۱ دستورالعمل اجرایی، مباحثه را با تغییراتی این‌گونه تعریف می‌کند: «مباحثه 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 به عنوان سود آن را... به متقاضی واگذار می‌نماید».

گفتنی است، برخی از اعضای فرهنگستان زبان فارسی معادل فارسی واژه مباحثه را «بهره‌کاری» پیشنهاد داده‌اند که در این معادل‌سازی به نوعی واژه ریح و سود توجه شده است (گروه گردآورندگان به سرپرستی میرجلال‌الدین کزازی، ۱۳۹۰، ۲۰۹).

در هر صورت بحث و بررسی درخصوص شرایط اختصاصی تشکیل قرارداد مباحثه، به نحو انکارناپذیری وابسته به این موضوع است که ماهیت این قرارداد با در نظر گرفتن تعریف و دیگر شرایط اختصاصی انعقاد این عقد چیست و اساساً این قرارداد باید به چه عقد یا عقود ارجاع یا تفسیر شود؟ با این توضیح مطالب این نوشتار در دو بخش جداگانه بیان شده است: بخش اول بررسی و مذاقه درباره ماهیت قرارداد مباحثه؛ بخش دوم بررسی و برشماری شرایط اختصاصی انعقاد این قرارداد.

ماهیت مباحثه

با توجه به اینکه ماهیت مباحثه ابتدا به‌طور اختصاصی در فقه و ذیل عنوان بیع بررسی شده، در این نوشتار ابتدا به ماهیت مباحثه در فقه و سپس ماهیت این عقد در پرتو نظر حقوق‌دانان و قواعد حقوق موضوعه پرداخته شده است.

در فقه

آنچه از مطالعات فقهی و بررسی کتب فقهی و روایی ما برمی‌آید، آن است که عقد مباحثه پیشینه‌ای به قدمت فقه ما دارد و «بدون آنکه گسستی بین ادوار امامیه واقع شود، مباحثه در تمامی این دوران مورد توجه فقها بوده و از آن غافل نشده‌اند» (موسویان، سید عباس، ۱۳۹۰، ۴۰). شاید دلیل این امر آن باشد که بیشتر فقها

مباحثه را ذیل اقسام عقد بیع تشریح و بررسی کرده‌اند (برای نمونه رک به صاحب جواهر، بی تا، ۳۲۳؛ ابو جعفر طوسی، ۱۳۸۷، ۱۴۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۴۲۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۹۸). همان‌طور که می‌دانیم پیشینه عقد بیع به معاملات میان مردم برمی‌گردد و اسلام این قرارداد را به جز بیع ربوی امضا کرده است (قرآن کریم، سوره بقره، آیه ۲۷۵).

فقهای ما (سبزواری، محقق، ۱۴۲۳، ۴۹۴؛ عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۲۲۴) عقد بیع را از لحاظ اخبار مشتری به بهای تمام‌شده کالا به دو دسته تقسیم کرده‌اند:

۱. فروشنده خریدار را از قیمت تمام‌شده کالا برای خودش (قیمت خرید، حمل و غیره) آگاه نمی‌سازد. چنین بیعی به «بیع مساومه» معروف است.

۲. فروشنده قیمت تمام‌شده کالا برای خویش (قیمت خرید، حمل و غیره) را به خریدار اطلاع می‌دهد.

چنانچه فروشنده خریدار را از قیمت خرید آگاه کند، ممکن است سه حالت روی دهد:

الف) فروشنده کالایش را با همان قیمتی که خود خریداری کرده است، به مشتری می‌فروشد. چنین بیعی به «بیع تولیه» معروف است.

ب) فروشنده مبلغی را به‌عنوان تخفیف از قیمت تمام‌شده کالا برای خویش (قیمت خرید، حمل و غیره) کسر کرده، به قیمتی کمتر از آنچه خریده است، کالا را به مشتری می‌فروشد. چنین بیعی را «بیع مواضعه» نامیده‌اند.

ج) فروشنده، خودش، مبلغی به‌عنوان سود به قیمت تمام‌شده کالا برای خویش (قیمت خرید، حمل و غیره) افزوده، کالا را به قیمتی بالاتر از قیمت تمام‌شده برای خویش به مشتری می‌فروشد. این‌گونه را به دلیل ربیحه که فروشنده افزون بر قیمت تمام‌شده کالا برای او از مشتری دریافت می‌دارد، «بیع مباحثه» نام‌گذاری کرده‌اند.

اما آیا بررسی و تشریح این قرارداد در ذیل مباحث مربوط به عقد بیع، لزوماً به معنای بیع بودن ماهیت این عقد است؟ گرچه از بیان برخی فقها برمی‌آید که مباحثه به‌جز قسمی از اقسام بیع نیست (حلی، علامه، بی تا، ۲۲۱)، به نظر می‌رسد برخی دیگر از فقها برآن‌اند که بررسی قرارداد مباحثه در ذیل اقسام قرارداد بیع، به‌آن معنا نیست که مباحثه جز در لوای این عقد قابل انعقاد نیست.

آنچه از نظر این دسته از فقها برمی‌آید، آن است که ایشان مباحثه را روش و صفتی می‌دانند که ممکن است بر قراردادهای گوناگون، از جمله بیع، اجاره، صلح و مانند آن، عارض شده و

طبق آن شخص عین یا منفعت و یا حقوق مالی به دست آمده (از طریق قراردادهای پیش گفته) را با اعلام بهای تمام شده و سپس با افزودن مبلغی سود، به متقاضی واگذار می‌کند. با در نظر گرفتن دیدگاه‌های این دسته از فقها، مرابحه از قواعد عمومی معاوضات بوده که نسبت به اعیان، ماهیتاً بیع و نسبت به منافع، ماهیتاً اجاره بوده است و در شرایط دیگر حسب مورد صلح، اجاره اشخاص یا جعاله تفسیر می‌شود.

از نظر فقهای گروه اول که قرارداد مرابحه را صرفاً در قالب عقد بیع می‌دانند، تمام موضوعات عقد بیع می‌تواند موضوع قرارداد مرابحه نیز قرار گیرد. حال بحث بر سر این است که موضوع عقد بیع چیست؟ چنانچه موضوع عقد بیع را، همان‌طور که برخی از فقها (مکارم شیرازی، ۱۴، ۱۴۲۵) قائل‌اند، اعیان، منافع و حقوق مالی بدانیم، می‌توان از قائل شدن به ماهیت بیع در خصوص مرابحه در همه موضوعاتش (اعیان، منافع و خدمات) دفاع کرد. اما چنانچه موضوع عقد بیع را همان‌گونه که بیشتر فقها بیان داشتند، صرفاً اعیان بدانیم، انعقاد قرارداد مرابحه در موضوعاتی همچون منافع و خدمات صحیح نیست مگر آنکه آن را به عقود دیگری همچون صلح توجیه و تفسیر کنیم. این گروه از فقها مرابحه را نسبت به برخی موارد (از جمله منافع) که صراحتاً در برخی روایات اجازه داده شده است، مجاز و مبنی بر تسامح یا عرفی بودن مفهوم بیع در این موارد می‌دانند.

در حقوق

از منظر حقوقی، کمتر حقوق‌دانی ماهیت این عقد را بررسی کرده و اظهار نظر صریحی در خصوص ماهیت این عقد بیان نشده است. شاید دلیل این امر وجود نداشتن نص خاصی درباره مرابحه در مقررات موضوعه بوده است. حال که نهاد مرابحه به تازگی به مقررات موضوعه کشور ما وارد شده، تلاش‌ها برای ارائه ماهیتی مطابق با پیشینه فقهی و نیز با در نظر گرفتن تمام شرایط و موضوع‌های بیان شده در مقررات مربوط به این عقد را برانگیخته است.

در تعریفی که آیین‌نامه الحاقی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۹۰/۵/۲ هیئت وزیران و نیز دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه مصوب ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار از این عقد بیان داشته‌اند، کوشیده‌اند تا با نگاهی وسیع به متون فقهی، مقررات عقد مرابحه را با در نظر گرفتن موضوع‌های متعدد و مورد نیاز بانک‌ها تهیه کرده و در همین راستا قرارداد مرابحه را به دو گروه عمده اموال و خدمات تسری داده‌اند. بر همین اساس، ما در این بخش افزون بر متون فقهی،

به مقررات مصوب بانکی مرابحه نیز به عنوان تنها متن مدون و مصوب موضوعه حقوق که صراحتاً به این مباحث پرداخته است، اشاره می‌کنیم.

با توجه به تشریح و بررسی قرارداد مرابحه از سوی فقها ذیل مباحثات مربوط به عقد بیع، اولین پاسخی که درباره تبیین ماهیت مرابحه متبادر می‌شود، بیع بودن این نهاد است (موسویان، سید عباس، ۱۳۹۰، ۴۲-۴۱)؛ البته بیعی که شامل اموال و خدمات شود (همان‌طور که بیان شد اقلیتی از فقها چنین گستره‌ای برای موضوع مرابحه قائل هستند).

دستورالعمل اجرایی این عقد نیز اگرچه به صراحت مرابحه را بیع معرفی نمی‌کند، اما در برخی از مواد از الفاظی استفاده کرده است که خواننده چنین احساس می‌کند، تنظیم‌کنندگان این مقررات مرابحه را بیع تلقی کرده‌اند. مثلاً استفاده از عبارت «تعهد متقاضی مبنی بر «خرید» کالا و خدمت از بانک» در ماده ۱۰ دستورالعمل یاد شده، به نحوی این تصور را به ذهن می‌رساند که نزد تنظیم‌کنندگان این دستورالعمل، مرابحه ماهیتاً بیع بوده است. همچنین دستورالعمل یاد شده در بیان شرایط اختصاصی صحت این عقد، عمدتاً شرایطی را برشمرده است که فقها و قانون مدنی در باب شرایط صحت عقد بیع نیز بیان کرده‌اند.

این نظر با همه قوت و جذابیتش با اشکالی اساسی روبرو است. طبق یک اصل منطقی، ساختار حقوقی یک کشور را باید به شکل هرم در نظر گرفت که مقررات پایین هرم نمی‌توانند ناقض و مخالف با اصول بالای هرم باشند. مثلاً در ساختار حقوقی کشور ما قوانین مصوب مجلس نمی‌تواند مخالف با اصول قانون اساسی باشد و به همین ترتیب آیین‌نامه هیئت وزیران و نیز دستورالعمل‌های تنظیمی از سوی سازمان‌ها نمی‌تواند در مخالفت با قوانین مصوب مجلس قرار گیرند (اصول هفتاد و دوم و یکصد و سی هشتم قانون اساسی). همچنین طبق اصول حقوقی ما رجوع به منابع معتبر فقهی به عنوان یک استثنا و در مواردی اجازه داده شده است که قوانین مدونه حکمی در آن خصوص نداشته باشد و این در حالی است که قانون مدنی ما عقد بیع را با صریح‌ترین الفاظ ممکن به «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف کرده است (ماده ۳۳۸ ق.م). قید واژه «عین» در این عبارت قانونی حتی با موسع‌ترین تفسیرهایی که از سوی حقوق‌دانان ما به منظور رفع محدودیت‌های موجود انجام پذیرفته است (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴، ۲۴)، اگر نگوئیم مشکل ما را در خصوص فروش اموال غیرمادی و انتقال حقوق و غیره حل نکرده، حداقل امکان انعقاد این عقد نسبت به منافع را کاملاً نفی کرده است.

شاید همین اشکالات و محدودیت‌های موجود در قوانین (نه متون فقهی) بوده که تنظیم‌کنندگان مقررات موضوعه بانکی را بر آن داشته تا الفاظی که صراحتاً دال بر بیع بودن این قرارداد است، در تعریف این عقد وارد نساخته، به بیان الفاظ عامی همچون واگذاری، عرضه‌کننده و متقاضی بسنده کنند.

با رد ماهیت بیع برای قرارداد به منظور حل اشکال درخصوص جواز شرعی انعقاد مرابحه درباره منافع، مرابحه را باید صفتی دانست که ممکن است معاملات متعدد موصوف به آن شوند. فقط کافی است شخص قیمت تمام‌شده تحویل اموال یا خدمات را به اطلاع مخاطب رسانیده، آن را با افزودن سود مشخصی به وی واگذار کند (سلطانی، محمد، ۱۳۹۳، ۲۱۹).

لزوم موجود بودن موضوع مرابحه در زمان انعقاد قرارداد

مرابحه قراردادی است که قانون‌گذار در ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه آن را به رسمیت شناخته و این شناسایی علی‌رغم ظهورش، منحصر به امور بانکی نیست. موضوع این قرارداد ممکن است شامل بیع، اجاره، صلح و مانند آن باشد. در واقع این قرارداد جدید قراردادی جامع‌تر و گسترده‌تر از بیع و اجاره و انتقال تعهدات بوده، به این دلیل که واگذارکننده قیمت تمام‌شده مال یا خدمت تحویل‌شده را به اطلاع متقاضی می‌رساند و آن را با افزودن سود (ریج) مشخص به وی واگذار می‌کند، مرابحه نام‌گذاری شده است. البته بیان چند ماده مختصر درخصوص آثار، شرایط و احکام چنین عقدی با این گستردگی و سکوت در بیان جزئیات آن بیش از هر چیز نشان‌گر اعتماد و ارجاع واضعین به مبانی موجود در قراردادهای هم‌سنگ بوده (بیع درباره انتقال اعیان، اجاره درخصوص انتقال منافع و انتقال تعهدات درباره بخش خدمات) و بر همین اساس است که به نظر ما قرارداد مرابحه را باید با قواعد این گونه عقود در کنار هم قرار داد تا خلأهای موجود پر و نواقص آن تکمیل شوند.

موجود بودن موضوع قرارداد بیع در زمان انعقاد قرارداد مطابق ماده ۳۶۱ ق.م.ا.ری ضروری شناخته شده است. طبق این ماده، «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است».

البته با نگاهی دقیق به الفاظ به‌کار رفته در این ماده این‌گونه برداشت می‌شود که وجود مبیع در دو مورد از شرایط صحت عقد بیع نیست (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴، ۱۰۶):

۱. در مواردی که مبیع کلی باشد، در این مورد لزومی ندارد فروشنده در هنگام انعقاد عقد مصداقی از آن داشته باشد و در واقع مفهوم مخالف این ماده ما را به این نتیجه می‌رساند.

۲. هنگامی که ایجاد مبیع در آینده مورد تراضی قرار می‌گیرد، زیرا در این خصوص طرفین با علم به اینکه فعلاً آن مبیع وجود ندارد و قرار است در آینده ایجاد شود (مانند خریداری یک عدد اتومبیل مدل ۹۳ در سال ۹۲ از شرکت ایران خودرو)، اقدام به انعقاد بیع می‌کنند.

عبارت «معلوم شود که مبیع وجود نداشته» در این ماده، منصرف از این فرض می‌باشد؛ زیرا مقصود ماده زمانی است که طرفین بر مبنای وجود عین معین اقدام به انعقاد بیع نسبت به آن مال کرده‌اند و بعداً معلوم می‌شود که مبیع در زمان انعقاد مبیع وجود نداشته است. نکته مهم آن است که این قاعده شامل تمامی قراردادهای ناظر به انتقال عین معین بوده، منحصر به بیع نیست (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۲، ۱۸۲).

از آنچه بیان شد می‌توان چنین نتیجه گرفت که قرارداد مرابحه با توجه به ماهیت بیان شده، در دو صورت مشمول این شرط از شرایط اختصاصی می‌شود:

۱. در صورتی که قرارداد پایه (قراردادی که واگذارنده طبق آن قرارداد، موضوع قرارداد مرابحه را واگذار می‌کند) بیع و ناظر به عین معین بوده باشد (قدر متیقن از ماده ۳۶۱ ق.م.ا.ری)؛

شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد مرابحه

منظور از شرایط اختصاصی شروطی است که با توجه به ماهیت و شرایط خاص حاکم بر هر قراردادی، افزون بر دیگر شرایط عمومی قراردادها (شروط چهارگانه مندرج در ماده ۱۹۱ ق.م.ا.ری) باید در آن رعایت شود تا قرارداد مزبور به نحو صحیح ایجاد شده، دارای اثر حقوقی باشد.

درخصوص مرابحه نیز باید دقت کرد تا با توجه به ماهیتی که برای قرارداد مرابحه در نظر گرفتیم، آنچه از شرایط اختصاصی قرارداد مرابحه مورد نظر ماست، همان شرایطی است که به شیوه انعقاد قرارداد به صورت مرابحه برمی‌گردد و گرنه بسته به اینکه

۲. در صورتی که مرابحه ناظر به انتقال عین معین باشد، خواه قرارداد پایه بیع یا قراردادی دیگر باشد (برگرفته از ماده ۳۶۱ ق.م).

به منظور تبیین دقیق‌تر موضوع باید گفت، درباره علت برشمردن چنین شرطی در میان شرایط اختصاصی قرارداد مرابحه دو دلیل را می‌توان بیان کرد:

۱. این امر بیش از هر چیزی با توجه به پیشینه فقهی این قرارداد بوده است. در واقع با توجه به اینکه بسیاری از فقها مرابحه را ذیل قرارداد بیع تشریح کرده‌اند، بسیاری از شرایط آن عقد بر این قرارداد نیز حاکم شده است. از جمله این شرایط، شرطی است که فقها و حقوق‌دانان ما در خصوص وجود مبیع هنگام انعقاد بیع قائل‌اند. در این میان، دستورالعمل اجرایی قرارداد مرابحه که تلاش کرده است قرارداد مرابحه را بر مبنای فقهی استوار کند، بدون توجه کافی به تفاوت بین قرارداد پایه و قراردادی که واگذارنده طبق آن، موضوع قرارداد را در قالب مرابحه به متقاضی واگذار می‌کند، چنین شرطی را به عنوان یکی از شرایط اختصاصی صحت خود قرارداد مرابحه بر شمرده است. در نتیجه باید قائل شد که منظور مقررات از درج این شرط، آن است که در قراردادهای مرابحه‌ای که ناظر به انتقال اعیان معین (همچون بیع عین معین، صلح عین معین و غیره) هستند، چنین شرطی باید رعایت شود.

۲. شیوه انعقاد قرارداد به نحو مرابحه (که مستلزم تحصیل موضوع قرارداد پایه و سپس واگذاری آن همراه با سودی مشخص است) و همچنین شرایط دیگر این نوع قرارداد از جمله مشخص بودن رأس المال و معلوم بودن موضوع مرابحه و غیره همگی اساساً اقتضای آن را دارد که موضوع قرارداد پایه وجود داشته باشد. به عبارتی دیگر، این شرط نه به دلیل شرایط اختصاصی قرارداد پایه که بنا به طبیعت خود قرارداد مرابحه است.

به نظر می‌رسد تفسیر دوم موجه‌تر و به مقصود واضعین مقررات نزدیک‌تر و بنا به نظری که ما درباره تعریف شرایط اختصاصی قرارداد مرابحه بیان کردیم، صحیح‌تر می‌باشد.

در تصور کردن وجود اعیان در زمان انعقاد عقد، با توجه به خاصیت ذاتی این دسته از اموال ملموس و دیدنی، مشکلی پیش نمی‌آید. اما در خصوص منافع و خدمات، از آنجا که همچون اعیان و کالاهای ملموس دیدنی نیستند، وجود خارجی معنا ندارد، بنابراین باید وجود را درباره این موارد بررسی کنیم. در خصوص وجود منافع، به دو مسئله باید توجه کرد:

۱. ارزش این دسته از اموال، اگرچه برای همگان درک‌شدنی است، نمی‌توان این امور را لمس یا مشاهده کرد. به عبارتی دیگر

«منفعت وجود خارجی ندارد» (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴، ۳۶۰).
۲. منافع نتیجه تراوش تدریجی اعیان بوده، به همین دلیل در طول زمان هستی می‌یابند. بنابراین منافع را نمی‌توان یک‌جا و یکباره موجود دانست.

با توجه به این موارد، به نظر می‌رسد موجود دانستن این دسته از اموال به وجود اعیانی که از آن تراوش می‌کنند و نیز صلاحیت انتفاع معهود از عین مورد توافق بستگی دارد. به عبارت دیگر همین که مال مورد منفعت وجود داشته، صلاحیت و امکان ایجاد منفعت مورد نظر طرفین را در طول زمان داشته باشد، می‌توان منفعی را که در آینده از آن به وجود خواهد آمد، تقدیراً موجود دانست. چنانچه در مدت قرارداد، آن عین، صلاحیت ایجاد منفعت را از دست داد و رفع عیب نیز میسر نبود، نسبت به زمان باقی‌مانده، منافع ناموجود، و بنابراین با وحدت ملاک از ماده ۴۸۱ ق.م در باب اجاره، مرابحه در خصوص انتقال آن بخش از منافع معدوم، باطل خواهد بود.

در خصوص خدمات، پیش‌تر (ر.ک به بخش اول از همین نوشتار) آمد که آنچه در مقررات مرابحه، با عنوان «خدمات» از آن نام برده می‌شود، از جنس منفعت (اشخاص) بوده و در حقوق ما ماهیتاً به عنوان یک حق دینی و یک تعهد تفسیر می‌شود.

ظاهر دستورالعمل اجرایی قرارداد مرابحه، شرط وجود موضوع قرارداد مرابحه را مختص به اموال و نه حقوق (خدمات) دانسته است؛ زیرا ماده ۱ دستورالعمل، موضوع قرارداد مرابحه را «اموال و خدمات» می‌داند، اما در تبصره ماده، شرط وجود موضوع مرابحه را منحصر به «اموال» دانسته است و به نظر می‌رسد خدمات را از این شرط معاف کرده است. این ماده بیان می‌کند: «اموال موضوع قرارداد مرابحه باید در هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد».

تخصیص این شرط به اموال از سوی شورای پول و اعتبار و نیز بانک مرکزی و نیامدن واژه «خدمات» در کنار اموال، به چند صورت برداشت و نتیجه‌گیری می‌شود:

الف) تنظیم‌کنندگان دستورالعمل چنین شرطی را برای این بخش از موضوع قرارداد مرابحه ضروری ندانسته‌اند. اشکال این استنتاج یک امر بدیهی است و آن اینکه امر معدوم را نمی‌توان منتقل کرد. همچنان که بیان کردیم، اساساً طبیعت قرارداد مرابحه اقتضای آن را دارد که کالا یا خدمتی که موجود است، ابتدا تحصیل و سپس با سود مشخص واگذار شود. با این بیان، تحصیل امر معدوم و سپس واگذاری آن با سود مشخص، امکان‌پذیر نخواهد بود.

ب) تنظیم‌کنندگان دستورالعمل در خصوص درج واژه

خدمات در کنار اموال دچار سهو و فراموشی شده‌اند.

از این استنتاج در صورتی می‌توان دفاع کرد که تبصره‌ای که درباره آن بحث می‌کنیم، در خلال دستورالعمل و با فاصله از ماده ۱ آن بیان می‌شود. به عبارت دیگر، بعید است تنظیم‌کنندگان در ماده اول «اموال و خدمات» را به‌عنوان موضوع مرابحه معرفی کنند و سپس با فاصله اندکی در بیان شرط مهم و اساسی این قرارداد، وجود اموال را ضروری دانسته، ولی لزوم وجود خدمات را از قلم انداخته باشند.

ج) تنظیم‌کنندگان دستورالعمل چنین شرطی را برای این بخش از موضوع قرارداد مرابحه، به همان نحوی که در خصوص اموال متصور است، ضروری ندانسته‌اند.

بنابراین، در اینکه خدمات هم به مثابه موضوع قرارداد مرابحه باید در زمان انعقاد قرارداد وجود داشته باشند تا بتوانند انتقال یابند، شکی نیست. اما بحث بر سر این است که خدمات را از چه زمانی می‌توان موجود دانست؟ همین مسئله بوده که واضعین دستورالعمل را بر آن داشته است تا میان اموال و خدمات قائل به تفکیک شوند.

توضیح اینکه وجود خدمات (وجود منفعت اشخاص) در دو صورت متصور است:

۱. خدمات مورد نظر انجام شده باشد.

برای نمونه پزشک پس از معاینه بیمار، در واقع خدمات خود را به بیمار ارائه داده و در این لحظه است که خدمت انجام پذیرفته است. اگرچه خدمات به معنای دقیق در این حالت موجود شده‌اند، اما برخلاف اموال، اشکال اساسی درباره خدمات آن است که وقتی خدمتی انجام شد، دیگر از طریق قرارداد مرابحه انتقال‌یافتنی نخواهد بود، زیرا اساساً خدمات فناپذیرند.

۲. همین که سبب تعهد شخص مبنی بر ارائه خدمت ایجاد شد، می‌توان آن را موجود دانست.

در همان نمونه قبلی، در واقع پزشک با دریافت هزینه ویزیت، متعهد انجام خدمت بوده و بنابراین مقتضی و سبب انجام موضوع ایجاد شده است و همین که سبب و مقتضی آن خدمت ایجاد شد، می‌توان آن را در حکم موجود دانست. در این حالت حق و طلبی برای پرداخت‌کننده ویزیت (بانک) ایجاد می‌شود (حق استفاده از معاینه پزشک) که از راه قرارداد مرابحه می‌تواند آن را به متقاضی منتقل کند. به نظر ما خدمات در این مرحله به دلیل وجود مقتضی در حکم موجودند.

درواقع اگر در خصوص مرابحه نسبت به اموال، خود این اموال باید موجود باشند، در مرابحه نسبت به خدمات، نیازی به وجود خود «خدمات» نبوده و وجود «تعهد بر انجام خدمات»

کافی است.

این نظر با حکمتی که برای ضرورت وجود موضوع مرابحه بیان کردیم، هم‌خوانی کامل دارد؛ زیرا وقتی شیوه انعقاد قرارداد پایه به شکل مرابحه، اقتضای مواردی چون تحصیل، واگذاری، معلوم بودن رأس المال و شروط دیگر بیان‌شده در این قرارداد را دارد و بر مبنای این ضرورت‌ها بوده که شرط وجود موضوع قرارداد مرابحه از شرایط اختصاصی این عقد بیان شده است، در خصوص خدمات نیز پس از ایجاد تعهد بر انجام خدمات، امکان تحصیل، واگذاری، علم به رأس المال و دیگر شرایط ضروری برای انعقاد قرارداد مرابحه امکان‌پذیر خواهد بود.

لزوم تحصیل موضوع قرارداد مرابحه توسط عرضه‌کننده پیش از واگذاری

قرارداد مرابحه در عبارتی کوتاه، شامل «تحصیل کالا و یا خدمت و سپس واگذاری اموال و خدمات تحصیل شده ضمن اعلام رأس المال به طرف مقابل و درخواست مقدار مشخصی سود» است. بنابراین نمی‌توان رکن اساسی این قرارداد را که «تحصیل قبل از واگذاری» است، نادیده گرفت.

در متون فقهی از جمله شروطی که در نوشته‌های فقها در عقد بیع (و بنابراین بیع مرابحه) بیان شده است، «لزوم مالکیت هر یک از فروشنده و مشتری بر آنچه با بیع منتقل می‌نمایند» بوده و قانون مدنی نیز بنابر ماده ۲۴۷، معامله نسبت به اموالی که در مالکیت شخص نبوده و اذنی نیز در معامله نداشته، بنا به ولایت، وصایت یا وکالت از سوی مالک اموال، غیر نافذ اعلام کرده است. ریشه چنین شرطی در حدیث معروف پیغمبر اسلام (ص) در پاسخ به پرسش شخصی به نام حکیم بن حزام است که فرموده‌اند: «لا تبع ما لیس عندک». مطابق این جمله، پیغمبر اسلام (ص) از بیع کالایی که در مالکیت فروشنده نیست، منع کرده است و بنابراین او نمی‌تواند مال غیر را حتی با تعهد به تحصیل آن به شخص دیگر بفروشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۴۹۷).

در مقررات فقهی از شرطی که ما با عنوان «لزوم تحصیل موضوع قرارداد مرابحه توسط عرضه‌کننده پیش از واگذاری» نام بردیم، با عنوان «لزوم مالکیت فروشنده بر کالای موضوع مرابحه پیش از انعقاد قرارداد» نام برده شده است. با ماهیتی که ما برای قرارداد مرابحه بیان کردیم، لازم نیست حتماً شخص بر موضوع قرارداد «مالکیت» داشته باشد تا از راه مرابحه آن را منتقل کند، بلکه مطابق آنچه بیان شد، در قراردادی که به شیوه مرابحه منعقد می‌شود، عرضه‌کننده هر آنچه را به درستی به دست آورده است، با

شرعی در راستای منافع رباخواران شود بدون آنکه هیچ‌گونه پدیده‌ای واقعی در اقتصاد رخ دهد.

به نظر ما این شرط (تحصیل موضوع مباحه پیش از واگذاری) از شروط مقتضای ذات عقد مباحه بوده و چشم‌پوشی از آن حتی به صورت توافقی، منجر به بطلان قرارداد مباحه خواهد شد.

در مقررات اخیرالتصویب مباحه نیز این شرط با عبارتی خاص بیان شده است.

ماده ۲ دستورالعمل اجرایی قرارداد مباحه مقرر داشته است: «بانک‌ها می‌توانند به سفارش و درخواست متقاضی مبادرت به تهیه و تملک این اموال و خدمات نموده و سپس آن را در قالب عقد مباحه به متقاضی واگذار نمایند».

با در نظر گرفتن مراتب بالا، گویا ماده ۲ دستورالعمل نیز که از دو واژه «تهیه و تملک» استفاده کرده، در واقع به دو روی یک سکه «تحصیل» توجه داشته و واژه «تملک» را برای اعیان و منافع عین معین و واژه «تهیه» را برای دسته خدمات و اعیان و منافع عین کلی مد نظر قرار داده است.

۳.۳. بیان بهای تمام‌شده تحصیل اموال و خدمات

از آنجا که قرارداد مباحه در پی یک عمل حقوقی و بر مبنای آن منعقد می‌شود، در درجه اول بر عهده عرضه‌کننده است که متقاضی را در خصوص بهای تمام شده تحصیل موضوع مباحه آگاه کند. این وظیفه، خود، تکلیف دیگری را برای عرضه‌کننده ایجاد می‌کند و آن اینکه وی باید در بیان بهای تمام شده صداقت را رعایت کند. شرط دیگر در این باب به رأس‌المال برمی‌گردد. اکنون به ترتیب و با دقت نظر این موارد را بررسی می‌کنیم.

۳.۳.۱. لزوم اطلاع متقاضی از بهای تمام شده اموال و خدمات

لزوم چنین شرطی در مبنای تقسیم‌بندی عقد بیع در فقه و اساس شکل‌گیری عقد مباحه نزد فقها ریشه دارد. در عقد مباحه، عرضه‌کننده قیمت تحصیل مال یا خدمت (ثمن معامله) اول و هزینه‌هایی که برای تحصیل متحمل شده و نیز سود موردنظر خود را جداگانه به طرف مقابل اعلام می‌کند و مجموع این عوامل، ثمن معامله دوم، یعنی مباحه، را تشکیل می‌دهد. به نظر می‌رسد چنین شرطی در واقع به لزوم معلوم بودن عوض قراردادی در عقود مغابنی برمی‌گردد؛ زیرا چنانچه هریک از عوامل یادشده (رأس‌المال، هزینه‌ها و سود) مجهول باشد،

اعلام مبلغ تمام شده و افزودن سود مشخص به متقاضی واگذار می‌کند. برای نمونه ممکن است قرارداد جعاله را با وصف مباحه منعقد کند یا منفعت شخص (اجاره اشخاص) را به صورت مباحه انتقال دهد و می‌دانیم در هیچ‌یک از این قراردادها مالکیت منتقل نمی‌شود. همچنین در خصوص مباحه‌ای که نسبت به «اعیان کلی» به دست آمده و از طریق قرارداد پایه بیع منعقد می‌شود، اگرچه مطابق نظر برخی از بزرگان حقوق تا وقتی که مصداق اعیان کلی دقیقاً تعیین نشده باشند، داشتن مالکیت بر آن بی‌معناست (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴، ۳۳)، بنابراین می‌توان چنین مباحه‌ای را صحیح دانست البته در صورتی که ثمن آن کلی نباشد تا مشمول عنوان معامله کلی به کالی قرار گیرد.

با این توضیح، تحصیل مالکیت که در متون فقهی آمده است، طریقت داشته نه موضوعیت؛ یعنی در مباحه فقهی که عموماً ناظر به انتقال اعیان معین و در پرتو قرارداد بیع بوده است، شرط «تحصیل موضوع قرارداد مباحه قبل از انعقاد آن»، با «تحصیل مالکیت» به منصف ظهور می‌رسیده است، بنابراین دیگر موضوع‌های قراردادهای تملیکی (یعنی اعیان کلی یا منافع اعیان کلی) و همچنین عقود عهدی از شرط تحصیل مالکیت معاف‌اند، زیرا اساساً تحصیل مالکیت بر موضوع این‌گونه عقود امکان‌پذیر نیست.

برای نمونه اعمال این شرط در بخش خدمات این‌گونه خواهد بود که عرضه‌کننده (به‌عنوان نمونه بانک) با انعقاد قرارداد با اشخاص صاحب خدمت (مثلاً نقاش یا پزشک)، صرفاً التزامی به سود خویش و بر دوش طرف قرارداد به دست آورده و با قرارداد مباحه آن التزام و تعهد به دست آمده را به متقاضی (مشتریان بانک) واگذار می‌کند. این درحالی است که چنانچه عبارت فقها را مبنی بر لزوم مالکیت عرضه‌کننده بر موضوع قرارداد مباحه، شرط می‌دانستیم، برای توجیه خدمات که اساساً تملک‌پذیر نیستند، با مشکل روبرو می‌شدیم.

در خصوص دلایل گنجاندن چنین شرطی (تحصیل موضوع قرارداد مباحه پیش از واگذاری) در عقد مباحه به نظر می‌رسد: اولاً ثمن و هزینه‌هایی که عرضه‌کننده به فروشنده پیشین پرداخت می‌کند، جز در این صورت دقیقاً مشخص نیست و چنانچه قرارداد مباحه‌ای با این جهل یا حتی احتمال انجام پذیرد، باطل خواهد بود.

ثانیاً همان‌طور که برخی بیان داشته‌اند، این شرط به این دلیل است که در اقتصاد واقعی باید پدیده‌ای رخ دهد (موسویان، سید عباس، ۱۳۹۰، ۴۱) و ممکن است صرف‌نظر کردن یا تسامح نسبت به انجام چنین شرطی موجب استفاده از این نوع قرارداد

واگذارکننده باید هزینه تحصیل کالا و خدمت را به متقاضی اعلام کند، حال آنکه در فرض پرسش، واگذارکننده آن کالا یا خدمت را بدون عوض تحصیل کرده است.

برخی فقها برآنند که در چنین صورتی امکان واگذاری کالا به صورت قرارداد مباحثه صحیح نیست، حتی اگر قیمت عرف را، کمتر یا بیشتر، به عنوان قیمت پایه بیان کند؛ مگر اینکه طرف معامله را از چگونگی به دست آوردن آن آگاه سازد. در این صورت می‌تواند طرفین توافق کنند تا قیمت پایه همان قیمت مثل، یا کمتر یا بیشتر باشد و سپس مبلغی به عنوان سود (به صورت ثابت یا درصد) به قیمت پایه افزوده، در قالب قرارداد مباحثه واگذار کند.

فارغ از درستی یا نادرستی چنین استدلال نظری، گویا نهاد مباحثه برای چنین فرض‌هایی طراحی نشده است. نهاد مباحثه که اساس انعقاد آن، اعلام قیمت پایه و جلب نظر طرف مقابل به مبلغ تحصیل کالا یا خدمت است، برای مواردی طراحی شده که شخصی مالی را که به صورت معوض به دست آورده و قیمت مشخصی را در ازای تحصیل آن پرداخت کرده است، اکنون می‌خواهد با اعلام آن قیمت و نیز مبلغی سود، به متقاضی واگذار کند. برای فرض‌هایی مانند اینکه شخصی مالی را به صورت غیرمعوض تملک کرده است، می‌توان از بیع مساومه (بیعی که در آن تعرضی به اعلام قیمت پایه به طرف مقابل نمی‌شود) استفاده کرد و ضرورت و هدف معقولی برای استفاده از این نوع قرارداد، متصور نیست. زیرا در غیر این صورت تمام ما به ازای قرارداد، ربح می‌شود و این در حالی است که در مباحثه فقط بخشی از ثمن ربح است نه تمام ثمن معامله.

۳،۱،۳۳. اموال انتقال یافته به مالک (عرضه‌کننده) از طریق انتقال قهری

آیا مباحثه می‌تواند متعاقب یک واقعه (نه عمل حقوقی) صورت گیرد؟ برای نمونه شخصی که اتومبیلی از پدرش به او ارث رسیده (قهرماً به وی منتقل شده است)، آیا می‌تواند آن را در قالب عقد مباحثه به دیگری منتقل کند؟

در متون فقهی و نیز تألیفات حقوقی برخی حقوق‌دانان کشورهای عربی آمده است، چنانچه شخص عرضه‌کننده شیئی را به میراث مالک شده باشد و به قیمت عادلانه، تقویم و سپس بر اساس آن قیمت، قرارداد مباحثه منعقد کند، اشکالی وجود ندارد و به دلیل آنکه وی در گفتار خود صداقت را رعایت کرده، عقد مباحثه منعقد صحیح خواهد بود (سمرقندی، علاءالدین، ۱۴۰۵، ص ۱۰۹).

به نظر می‌رسد با توجه به آنچه در بالا در خصوص واگذاری

درواقع ثمن قرارداد مباحثه مجهول و قرارداد منعقد به دلیل رعایت نکردن بند ۲ ماده ۱۹۰ ق.م و سرایت جهل به یکی از عوضین باطل خواهد بود.

در تعریفی که بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار در دستورالعمل اجرایی از این قرارداد بیان داشته‌اند، لزوم چنین شرطی به روشنی بیان شده است.

درخصوص این شرط چند نکته را می‌توان بررسی کرد: اول اینکه، هزینه‌های تحصیل (بهای تمام شده اموال یا خدمات) چه هزینه‌هایی را شامل می‌شود؟ (۱،۱،۳،۳) دوم اینکه چنانچه شخص کالایی را به صورت غیرمعوض به دست آورد، تکلیف چه خواهد بود؟ آیا باید رأس‌المال خود را رایگان عنوان کند و به اخذ سود اکتفا نماید؟ (۲،۱،۳،۳) پرسش پایانی اینکه آیا اساساً مباحثه می‌تواند متعاقب یک انتقال قهری (نه عمل حقوقی) صورت گیرد؟ (۳،۱،۳،۳)

۱،۱،۳،۳. بهای تمام شده موضوع مباحثه

درخصوص پرسش اول با توجه به مبانی فقهی می‌توان گفت این هزینه‌ها شامل اصل هزینه تحصیل اولیه (یا همان رأس‌المال) می‌شود و نیز هزینه‌هایی که عرفاً به منظور بهبود وضعیت مورد معامله (مثلاً نقاشی ساختمان یا حمل کالا به محل عرضه) یا حتی دوری موضوع معامله از خطرات (مثلاً بیمه کردن ساختمان) که پس از تحصیل اولیه پرداخت شده است.

بنابراین هزینه‌هایی که مالک پیشین آن (همان عرضه‌کننده فعلی قرارداد مباحثه) برای بقای اصل مال یا هزینه‌هایی که برای انتفاع شخصی از مال پرداخت کرده است، مطالبه‌شدنی نیست (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۲۲۰). برای نمونه در قرارداد مباحثه نسبت به یک رأس گاو، غذاهایی که عرضه‌کننده به گاو مملوک سابق خویش داده تا از آن شیر بیشتری بدوشد، اگر در وضعیت فعلی آن حیوان بهبودی رخ نداده و هزینه‌های پرداختی صرفاً برای ادامه حیات حیوان و انتفاع در همان بازه زمانی بوده باشد، نمی‌توان به عنوان هزینه‌های تحصیل موضوع قرارداد مباحثه به آن افزود. اما اگر هزینه‌های تغذیه باعث بهبود وضعیت آن حیوان به نحو پایداری شده باشد و در واقع قیمت آن حیوان را نسبت به نظایرش افزایش داده باشد، می‌توان این هزینه‌ها را نیز جزء هزینه‌های تحصیل عنوان کرد.

۲،۱،۳،۳. تحصیل غیرمعوض موضوع مباحثه از سوی عرضه‌کننده

اگر شخص کالایی را به صورت غیرمعوض به دست آورد، آیا می‌تواند آن را در قالب عقد مباحثه منتقل کند؟ این پرسش از آنجا مطرح می‌شود که چنانچه بیان شد، در عقد مباحثه

اموالی که به صورت غیر معوض به شخص عرضه کننده رسیده است، بیان کردیم، با همان استدلال، امکان واگذاری در قالب قرارداد مباحه به متقاضی وجود نداشته باشد. همچنین از آنجا که برای بانک‌ها چنین موردی پیش نمی‌آید، چنین امری در آیین‌نامه پیش‌بینی نشده و از واژه «تحصیل» استفاده شده است و لذا آنچه بانک‌ها به مباحه واگذار می‌کنند، قاعدتاً به صورت معوض تحصیل شده و دارای قیمت پایه است.

۲.۳.۳. رعایت شرط صداقت و صحت در اخبار قیمت تمام شده

رعایت شرط صداقت به آن دلیل است که قرارداد مباحه همچون قراردادهای وضعیه و تولیه از اقسام بیع‌های مبتنی بر امانت (بیوع الأمانه) است.

به بیان دیگر، از آن جا که عقد مباحه عقدی بر مبنای اعلام عرضه کننده است، لذا بر عرضه کننده لازم است که در نهایت صداقت و صحت آنچه که لازم است، به متقاضی اعلام کند. بنابر این شرط، عرضه کننده باید مبلغ تحصیل کالا یا خدمت، هزینه‌های متحمل شده، کیفیت کالا یا خدمت تحصیل شده در قرارداد سابق و غیره را که به نحوی مرتبط با قیمت موضوع قرارداد سابق است، در نهایت صداقت و صحت به متقاضی اطلاع دهد.

اگر واگذار کننده به عمد یا سهو (مثلاً بنا به اشتباه) قیمت تحصیل را بالاتر از آنچه برای وی تمام شده است، بیان کند، در این صورت برخی قائل شده‌اند که قرارداد مباحه صحیح است و صرفاً متقاضی حق دارد با کم کردن اضافه ثمن (و نیز اضافه سود، در صورتی که مقدار نهایی سود به صورت نسبتی از رأس‌المال قرار داده شده باشد)، قرارداد را برای خویش باقی نگهدارد. استدلال این نظر آن است که اولاً مستند قرارداد حق فسخ در اینجا، اگر چه بنا به وجود اجماع باشد، حداقل در مواقعی که عمد و کذب در کار نبوده است، از جنس هیچ‌یک از اختیارات شناخته شده نیست و مناقشه پذیر می‌باشد (صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، بی تا، ۳۱۸)؛ ثانیاً مقتضای عقد مباحه آن است که ثمن واقعی (در عالم واقع) با سود مشخصی به دیگری واگذار شود. اکنون که مشخص شده مبلغی بیشتر از آنچه واقعی است، گرفته شده، باید آن را پس داد و موجبی برای فسخ قرارداد وجود ندارد. بر این گفتار اشکالی وارد شده مبنی بر اینکه عقد مباحه بر آن ثمن واقعی و ربح آن واقع نشده، بلکه بر ثمن و سود مورد تراضی و اعلام شده در هنگام عقد واقع شده است (ر.ک به عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۴۳۲).

بیشتر فقها در فرض اعلام ناصحیح قیمت تمام شده از سوی عرضه کننده، متقاضی را دارای دو راهکار برای جبران ضرر خویش می‌دانند (عاملی، شهید ثانی، ۴۳۱، ۱۴۱۰):

۱. به علت مغرور شدن قرارداد مباحه را فسخ کند؛

۲. قرارداد مباحه را با همان ثمن و سود بیان شده باقی نگهدارد.

همان گونه که بیان شد، فسخ قرارداد مباحه در چنین مواردی از نظر این عده از فقها، مستند به «قاعده غرور» دانسته شده و ظاهراً مشتری از اعلام اشتباه زیان دیده است. طبق گفته بیشتر فقها در قاعده غرور، فریب خوردن (مغرور شدن) شخص مغرور شرط است؛ اما قصد فریب از سوی غار یا شخص موجب غرور شرط نیست (محقق داماد، مصطفی، ۱۳۸۹، ۱۷۰). بر همین اساس، چه عرضه کننده در اعلام قیمت فراتر از قیمت تمام شده عمد داشته و چه نداشته باشد، متقاضی متضرر از این امر، مشروط به نداشتن علم، مغرور شده و می‌تواند قرارداد را فسخ کند. با توجه به اینکه قاعده غرور در حقوق امروزی به طور مستقل در شمار اختیارات نیست، در خصوص اینکه در حقوق امروز چنین خیار را می‌توان به استناد کدام یک از اختیارات دانست، می‌توان قائل به تفکیک شد:

۱. اگر همان گونه که برخی نویسندگان قانون مدنی از اطلاق ماده ۴۳۸ ق.م.بهره برده‌اند، قصد فریب و عمد را در تدلیس بی‌اهمیت بدانیم (اوصیاء، پرویز، ۱۳۷۱، ۳۵۶)، در چنین فرضی مستند خیار فسخ در موضوع بحث ما تدلیس خواهد بود.

۲. در صورتی که قائل به نظر مشهور نویسندگان حقوق مدنی باشیم (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۲، ۲۸۴) و قصد فریب کاری تدلیس کننده را شرط اصلی ایجاد خیار تدلیس برای طرف مقابل بدانیم، در این صورت جایی که اعلام ناصحیح قیمت تمام شده در قرارداد مباحه عمدی و مورد قصد عرضه کننده بوده باشد، می‌توان آن را مصداقی از تدلیس دانست. اما در جایی که قصد فریب وجود نداشته باشد، امکان فسخ چنین قرارداد مباحه‌ای را می‌توان مستند به خیار تخلف از شرط نیز دانست، زیرا بنای ضمنی دو طرف در هنگام انعقاد قرارداد مباحه آن بوده است که طرفین در گفتار خود صداقت را رعایت کرده، قیمت‌های واقعی را بیان کنند. همان طور که می‌دانیم خیار تخلف از شرط مربوط به رعایت شروط بین طرفین است و تمامی شروط صریح، ضمنی و بنایی را شامل می‌شود.

اما اینکه شرط مقرر را می‌توان کدام یک از اقسام شروط (صفت، فعل یا نتیجه) دانست، می‌توان گفت شرط یاد شده شرط صفت بوده است، زیرا مطابق ماده ۲۳۴، شرط صفت عبارت

از تخفیف (۱۰۰۰ تومان) عنوان کند.

ماده ۳ دستورالعمل اجرایی قرارداد مرابحه در خصوص تهیه کالا یا خدمات مورد تقاضای مشتری با تخفیف از سوی بانکها مقرر داشته است: «بانکها می توانند در چارچوب عقد مرابحه با اخذ تخفیف از تولیدکنندگان یا عرضه کنندگان اموال یا خدمات، نسبت به واگذاری آن به متقاضیان اقدام نمایند».

این ماده توضیحی نداده است که مبلغ تخفیف در نهایت چه خواهد شد اما با توجه به آنکه ثمن در معامله پیشین، مبلغی کمتر (ثمن پس از اعمال تخفیف) است، بنابر قاعده باید استحقاق نداشتن بانک به میزان مبلغ تخفیف را پذیرفت.

ب) اما گاه بر خلاف فرض تخفیف، ثمن بر مبلغ مشخصی واقع می شود اما عرضه کننده پس از توافق و انعقاد عقد، طرف مقابل را از پرداخت مبلغ معاف می کند. برای نمونه تصور کنید معامله بر قیمتی (۱۰۰۰ تومان) منعقد شود و پس از انعقاد معامله بر آن مبلغ، فروشنده خریدار را از پرداخت مبلغی (۱۰۰ تومان) ابرا کند. در این صورت بر عرضه کننده لازم نیست که قیمت نهایی (۹۰۰ تومان) را به متقاضی بگوید و ذکر ثمن توافق شده در معامله (۱۰۰۰ تومان) صحیح است، زیرا آنچه بر عرضه کننده لازم بوده، همانا آگاه بودن از ثمن است و عارض شدن قیمت کمتر به واسطه ابرا، ثمن را تغییر نداده و در فرض ما اخبار به ثمن محقق شده است (علامه حلی، ۲۲۴، ۱۴۱۴).

فقیهی دیگر نیز در علت این فرض این گونه استدلال کرده است که چنانچه انصراف عرضه کننده از مقداری از مبلغ، پس از لزوم عقد باشد، در واقع هبه جدیدی است که به نفع مشتری انجام شده و گرنه ثمن همان است که بر سر آن توافق شده است (طوسی، ابوجعفر، ۱۳۸۷، ۱۴۴). چنین نظری می تواند با شرط صداقت تمام و کمال عرضه کننده منافات داشته باشد، زیرا در واقع آنچه در این فرض رأس المال تلقی شده، ثمن المسمی معامله است نه مبلغ تمام شده برای عرضه کننده (زیرا مبلغ تمام شده تحصیل کالا در واقع ثمن المسمی منهای مبلغ ابرا است).

۳. اگر شخصی از مدیونش کالایی را به صورت صلح در برابر طلبش بگیرد و سپس بخواهد آن کالا را به دیگری در قالب قرارداد مرابحه واگذار کند، به نظر می رسد چنانچه صلح وی بر مبنای تسامح باشد، حق ندارد دین خود را رأس المال معرفی کند (طوسی، ابوجعفر، ۱۳۸۷، ۱۴۴)؛ زیرا این گونه صلحها بر مبنای مسامحه و تخفیف بوده، معمولاً نمی توان آن را به عنوان قیمت تحصیل (که متبادر از آن قیمت واقعی و عرفی یک کالا است)، اساس قرارداد مرابحه قرار داد. البته به نظر می رسد در صورت آگاهی عرضه کننده از اوضاع و احوال، به گونه ای که در

است از شرط درباره کیفیت یا کمیت مورد معامله و همان طور که می دانیم در قرارداد مرابحه، کیفیت اموال و خدمات تهیه شده در قرارداد پیشین، از جمله قیمت تمام شده آن، از اوصاف موضوع قرارداد است. بنابراین وجود نداشتن اوصاف معهود در قرارداد مطابق با ماده ۲۳۵ ق.م.م.ج موجب خواهد شد کسی که شرط به نفع او شده است، اختیار فسخ داشته باشد.

استناد به اختیار تخلف از شرط صفت، در مواردی که اعلام قیمت تمام شده موضوع قرارداد مرابحه ناصحیح بوده است، از اختیار تدلیس عام تر است؛ زیرا افزون بر موردی که عرضه کننده عالمی و عامداً قیمت رأس المال را درست بیان نمی کند، موردی که وی قیمت را از روی فراموشی یا اشتباه، بیش از مبلغ واقعی اعلام کرده است، نیز شامل می شود.

با پذیرفتن تخییر برای متقاضی، این پرسش مطرح است که آیا اعمال حق فسخ وی مشروط به بقای موضوع معامله نزد وی است یا خیر؟ به نظر می رسد با وحدت ملاک از ماده ۲۸۶ ق.م.و با توجه به اینکه مقتضی فسخ موجود بوده است و اصل استصحاب آن را باقی می داند و اینکه تلف موضوع مرابحه، صلاحیت انتفای استصحاب را ندارد، می توان قائل به عدم شرطیت بقای موضوع معامله نزد فاسخ شد. بزرگان فقه ما نیز بر همین نظر پایبندند (عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۴۳۲). در خصوص رعایت شرط صداقت، مسائل ذیل نیز را می توان با دقت نظر بررسی کرد:

۱. چنانچه شخصی کالایش را به نسیه خریده باشد، سپس نقداً قرارداد مرابحه را منعقد کند، در صورت اعلام این امر (یا عدم اعلام و رضایت بعدی مشتری به این امر) مرابحه صحیح خواهد بود. اما چنانچه او در خصوص خرید نسیه اش سکوت کند، اگر چه مرابحه نافذ باشد، مشتری بعد از علم به این امر به دلیل تدلیس یا تخلف از شرط ضمنی، اختیار فسخ خواهد داشت. زیرا اعلام این امر به متقاضی ممکن بود در انعقاد مرابحه یا قیمت مورد توافق مؤثر باشد.

۲. اگر عرضه کننده در قرارداد سابقش مال یا خدمتی را مثلاً به ۱۰۰۰ تومان خریده، اما پس از انجام معامله فروشنده از گرفتن ۱۰۰ تومان آخر ثمن معامله منصرف شده باشد، در خصوص این پرسش که عرضه کننده آن کالا باید چه قیمتی را به عنوان قیمت تحصیل کالا به متقاضی بیان دارد، به نظر می رسد دو فرض را باید از هم جدا کرد:

الف) چنانچه در هنگام معامله مبلغی به عنوان تخفیف داده و معامله بر قیمت پس از تخفیف (۹۰۰ تومان) منعقد شود، در این صورت عرضه کننده حق ندارد قیمت تحصیل را قیمت پیش

این موضوع رفع جهل از متقاضی شود، مانعی برای نفوذ مرابحه نسبت به این کالا بر اساس همان رأس المال وجود نداشته باشد. در این فرض آنچه ملاک نظریه فقیه قرار گرفته است، مبلغ واقعی کالا است نه ثمن المسمی، زیرا در این فرض ثمن المسمی در واقع طلبی (مثلاً ۱۰۰۰ تومان) بوده، اما به دلیل آنکه صلح مبتنی بر مسامحه بوده، کالایی با قیمت پایین تر (مثلاً ۹۰۰ تومان) در عوض طلب پرداخت شده است.

دو فرض اخیر (شماره ۲ و ۳) اگرچه مناط و ملاک یکسانی دارند، نسبت به هر دو فرض یکسان برخورد نشده است و به همین دلیل احکام متفاوتی را بر این دو قضیه بار نموده‌اند. در واقع در فرض اول ثمن المسمی (بدون در نظر گرفتن ابرای بعدی از سوی فروشنده سابق و قیمت تمام شده واقعی) به عنوان رأس المال در نظر گرفته و مقبول شناخته می‌شود؛ اما در فرض دوم هزینه واقعی تحصیل کالا ملاک رأس المال قرار داده شده است و ثمن المسمی را ملاک رأس المال نمی‌داند.

به نظر می‌رسد چنانچه در خصوص فرض اول (شماره ۲) قابل به تفکیک شویم، دو نظر (شماره‌های ۲ و ۳) تا حدی به یکدیگر نزدیک تر می‌شوند:

اگر عمل ابرا پیش از انعقاد مرابحه انجام شود، بر عرضه‌کننده است که هزینه تحصیل کالا را مبلغ ثمن المسمی منهای میزان ابراشده عنوان کند.

برعکس در فرضی که ابرا از سوی فروشنده سابق بعد از انعقاد مرابحه از سوی خریدار سابق انجام می‌پذیرد، چنانچه عرضه‌کننده در هنگام انعقاد مرابحه، مبلغ ثمن المسمی بدون ابرا را به درستی اعلام کرده باشد، قرارداد مرابحه صحیح است و نباید وی را مکلف به اعلام این ابرا (که بعد از انعقاد مرابحه صورت گرفته است) دانست.

۴. چنانچه عرضه‌کننده در قرارداد سابقش ثمن معامله را طلبی که از دیگری داشته است، قرار داده باشد (فروشنده را بابت ثمن بیع، به مدیون خود حواله داده باشد)، نیازی به اعلام این مورد به متقاضی نیست و می‌تواند میزان ثمن را به عنوان رأس المال به شمار آورد و با افزودن سود مورد توافق، قرارداد مرابحه را منعقد کند (سمرقندی، علاءالدین، ۱۴۰۵، ۱۰۸). در صورت اعلام نکردن این امر هیچ‌گونه تخلفی که عقد مرابحه را با ضمانت اجرا روبرو سازد، متصور نخواهد بود؛ زیرا از منظر اصول و نیز حقوق مدنی، حواله وسیله‌ای برای پرداخت دین است و از آنجا که همچون پرداخت، موجب کاهش دارایی محیل به نفع محتال بوده، اثر آن را نیز خواهد داشت (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، ۴۱۸).

۳،۳،۳. مثلی بودن رأس المال

منظور از رأس المال عوضی است که در عقد سابق، موضوع قرارداد مرابحه فعلی به تملک عرضه‌کننده فعلی درآمده است. از جمله شرایط قرارداد مرابحه که در برخی کتب اهل سنت به آن اشاره شده، آن است که رأس المال از اموالی باشد که اشباه و نظایر آن وجود داشته باشد (الزحیلی، وهیه، ۱۴۰۵، ۷۰۳).

چنانچه عرضه‌کننده آن مال را به عوضی قیمی تهیه کرده باشد، با توجه به موجود نبودن مانند آن، امکان گرفتن رأس المال از متقاضی نخواهد بود. در این زمینه استدلال شده است، با توجه به اینکه در خصوص چنین اموالی نمی‌توان قیمت مشخصی را تعیین کرد و نیز به این دلیل که حتی اهل تقویم نیز در قیمت‌گذاری این اموال به اختلاف افتاده، قیمت‌های متفاوتی پیشنهاد می‌دهند (الزحیلی، وهیه: ۱۴۰۵، ۷۰۶)، لذا واگذاری کالاهایی که عوضشان چنین اموالی بوده است، به صورت مرابحه ممکن نیست. با توجه به ذات و اوصاف مرابحه، چنین دیدگاهی قابل تأیید است.

چنین اشکالی در فرض مثلی بودن ثمن وجود ندارد، زیرا در این فرض نیازی به قیمت‌گذاری نیست و متقاضی می‌تواند با تهیه و پرداخت کالای مثلی (نه قیمت آن) به عنوان ثمن قرارداد قبلی به انضمام سود مورد تراضی، مرابحه را به نحو کاملاً صحیح و غرری اجرا کند. برای نمونه چنانچه قرارداد پایه معاوضه ۳ کیلو گندم با ۵ کیلو جو باشد، مالک فعلی گندم می‌تواند ۳ کیلو گندم خود را با اعلام ثمن قبلی (۵ کیلو جو) به ۶ کیلو جو یا ۵ کیلو جو و ۱۰۰ ریال پول نقد به عنوان سود مورد تراضی واگذار کند.

۴،۳،۴. اعلام میزان دقیق سود درخواستی

با توجه به اینکه عوض در قرارداد مرابحه، حاصل جمع رأس المال و میزان سود توافق شده است، بنابراین سود مورد توافق، در واقع بخشی از ثمن معامله است و ناآگاهی نسبت به آن منجر به جهل به عوض شده، بنا به بند ۲ ماده ۲۳۳ ق.م.موجب بطلان عقد مرابحه خواهد شد.

میزان سود درخواستی ممکن است به دو شیوه تعیین شود:

۱. سود مورد توافق امری متمایز از رأس المال باشد، چنان‌که متقاضی کالایی را از عرضه‌کننده به قیمت ۱۰ میلیون ریال (به عنوان رأس المال) و ۵۰۰ هزار ریال یا یک کالای معین (به عنوان ربح یا سود) در قالب قرارداد مرابحه بگیرد.
۲. سود مورد توافق جزئی از رأس المال قرار داده شود، چنان‌که سود هر ۱۰ هزار ریال از رأس المال ۱۰۰ ریال قرار داده شود. توافق به این نوع از سود از قدیم به مرابحه «ده یازده»

معروف بوده است. در نفوذ چنین توافقی درخصوص سود بین فقهای شیعه و اهل تسنن و نیز بین خود فقهای شیعه اختلاف نظر وجود داشته است، اما روایاتی وجود دارد که به صورت بسیار صریح این توافق را جایز می‌داند (موسویان، سید عباس، ۱۳۹۰، ۳۹).

از منظر حقوقی چنین شیوه‌ای پذیرفته شده است و تعیین مبلغ به صورت درصد یا نسبتی از مبلغ کل، موجب جهل به عوض نمی‌باشد. چنان‌که حتی درخصوص تعیین تمام ثمن بیع که اقوی از مبحث ما (تعیین بخشی از ثمن قرارداد مرابحه بصورت سود) است، چنین شیوه‌ای از تعیین، کافی و صحیح دانسته شده است.

بانک‌ها معمولاً سود درخواستی را به صورت تابعی از میزان رأس‌المال (شیوه دوم) مشخص می‌کنند. ممکن است در قرارداد بانکی صراحتاً درصد سود بیان نشده باشد و پس از اعلام قیمت رأس‌المال طبق پیش فاکتور ارائه شده (مثلاً ۱۰ میلیون ریال)، به‌طور مستقیم بیان شود که این اموال در پیش فاکتور، پس از خرید و تملک بانک، با قیمت ۱۱ میلیون ریال به متقاضی واگذار شد. در این شیوه ۱ میلیون اضافه شده به رأس‌المال، معمولاً قبل از درج بر قرارداد کتبی از سوی کاربر شعبه بر اساس شیوه دوم و درصدی از رأس‌المال و بنابر دستورالعمل‌های اعتباری بانک محاسبه و سپس مبلغ به‌دست آمده به مبلغ پایه اضافه می‌شود. تبصره ماده ۱۲ دستورالعمل مقرر داشته است: «در عقد مرابحه، قیمت تمام شده مبنای محاسبه سود خواهد بود». اگرچه این تبصره به صراحت از تعیین سود تسهیلات مرابحه به صورت درصدی سخن نگفته، این موضوع با توجه به اینکه قیمت تمام شده موضوع قرارداد را مبنای محاسبه سود قرار داده است، دریافت می‌شود، ضمن اینکه نرخ سود تسهیلات بانکی، از جمله تسهیلات مرابحه، هر ساله از سوی شورای پول و اعتبار بانک مرکزی به صورت درصدی تعیین می‌شود.

۵.۳. صحیح بودن قرارداد پایه

از جمله شرایط خاص دیگری که برای صحت قرارداد مرابحه ضرورت دارد، آن است که باید قرارداد سابق (که طی آن عرضه‌کننده کنونی موضوع مرابحه را به آن شیوه به دست آورده است) صحیح باشد (الزحیلی، وهیه، ۱۴۰۵، ۷۰۶).

به نظر ما، دلیل اصلی اشتراط چنین امری در شروط اختصاصی انعقاد قرارداد مرابحه، همان شرطی است که درباره تحصیل موضوع قرارداد مرابحه به آن اشاره کردیم. درواقع همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، کالا یا خدمت (موضوع قرارداد

مرابحه) پیش از انعقاد قرارداد مرابحه باید تحصیل شود و چنانچه قرارداد سابق محدودش باشد، درواقع موضوع قرارداد مرابحه به‌درستی تحصیل نشده است و بر همین مبناست که در چنین فرضی قرارداد مرابحه نیز ناصحیح خواهد بود. به عبارتی دیگر قرارداد پایه‌ای که فاسد منعقد شده است، به دلیل آنکه از منظر قانون اعتباری ندارد، نه ثمنی وجود دارد که آن را مبنای محاسبه رأس‌المال بدانیم و نه موضوعی منتقل شده تا بتواند موضوع قرارداد بعدی (مرابحه) قرار گیرد.

در ماده ۲ دستورالعمل نیز بیان شده است که موضوع قرارداد مرابحه (اموال و خدمات) از سوی عرضه‌کننده (بانک‌ها و مؤسسات مالی) باید «تهیه و تملک» شوند و همان‌طور که می‌دانیم نمی‌توان با انعقاد قراردادی فاسد موضوع قرارداد مرابحه را تهیه یا تملک (تحصیل) کرد.

۴. نتیجه

قرارداد مرابحه به‌عنوان قراردادی با قدمتی همپای حضور قرارداد در تاریخ بشری، بیشتر از آنکه ماهیتی مستقل داشته باشد، شیوه‌ای از انعقاد قراردادهای مختلف (قرارداد پایه) است. قراردادی که به دنبال قرارداد دیگری منعقد شده است و طی آن واگذارنده بهای تحصیل یک کالا یا خدمت را به اطلاع طرف مقابل رسانده، با افزودن مبلغی مشخص به عنوان سود، موضوع قرارداد را به وی انتقال می‌دهد. از منظر فقهی نیز اگرچه بیشتر فقها این قرارداد را ذیل قرارداد بیع بررسی کرده‌اند، چنین امری منافاتی با اساس نظر منتخب ما ندارد؛ زیرا بیع به عنوان ملموس‌ترین و غالب‌ترین قرارداد کاربردی مردم در زمان‌های مختلف تمدن بشری بوده و بسیاری از قواعد عمومی قراردادهای نیز به همین دلیل ذیل این قرارداد بررسی شده است. مقررات مدون در زمینه مرابحه در نظام حقوق موضوعه کشورمان نیز موضوع مرابحه را اعم از موضوع قرارداد بیع در نظر گرفته است. بر همین مبنا شروط اختصاصی این قرارداد، از جمله لزوم موجود بودن موضوع مرابحه در زمان انعقاد قرارداد، لزوم تحصیل موضوع قرارداد مرابحه پیش از واگذاری به شیوه مرابحه، صحیح بودن قرارداد پایه، مثلی بودن رأس‌المال، اعلام میزان دقیق سود درخواستی و رعایت شرط صداقت در اخبار قیمت تمام شده، همگی باید با در نظر گرفتن چنین تعبیری از ماهیت این قرارداد جدید قانونی با دقت نظر تفسیر شود. درواقع با این تفسیر، چنین شرایطی مربوط به قرارداد پایه نیست و صرفاً شرایط انعقاد خود قرارداد مرابحه را (در معنا و ماهیت واقعی خود که شیوه و روشی

برای انعقاد قراردادهای مختلف معاوضی است) مد نظر قرار داده است. بنابراین برای انعقاد قراردادی به صورت مرابحه، به جز رعایت شرایط عمومی قراردادها، رعایت دو دسته از شرایط اختصاصی لازم است: شرایط اختصاصی مربوط به قرارداد پایه (مثلاً بیع، اجاره، جعاله و غیره)، و شرایط اختصاصی مربوط به قرارداد مرابحه که به آن اشاره شد.

منابع

اوصیاء، دکتر پرویز، تدلیس، (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، انگلیس، اسلام و ایران)، «تحولات حقوق خصوصی»، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، آذر ۱۳۷۱.

بحرانی، آلعصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵ هـ.ق)، «الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة»، جلد ۱۹، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، «دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت»، جلد ۱، چاپ اول، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۶)، «مبسوط در ترمینولوژی حقوق»، جلد ۵، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش، تهران.

جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، (۱۴۱۷ هـ.ق)، «معجم فقه الجواهر»، جلد ۵، چاپ اول، الغدیر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، لبنان.

حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۴ هـ.ق)، «تذکره الفقهاء» (ط - الحدیثه)، جلد ۱، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم.

حماد، نزیه، (۱۴۲۹ هـ.ق)، «معجم المصطلحات المالیه هو الاقتصادیه فی لغه الفقهاء»، چاپ اول، انتشارات دارالقلم، دمشق، سوریه.

الزحلی، وهیه، (۱۴۰۵ هـ.ق)، «الفقه الإسلامی و أدلته»، جزء الرابع (نظریات الفقهیه و العقود)، چاپ دوم، انتشارات دارالفکر، دمشق، سوریه.

سبزواری، محقق، محمد باقر بن محمد مؤمن، (۱۴۲۳ هـ.ق)، «کفایه الأحکام»، جلد ۱، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.

سلطانی، محمد، (۱۲۹۳)، «حقوق بانکی»، چاپ دوم، انتشارات میزان، تهران.

سمرقندی، علاءالدین، (۱۴۰۵ هـ.ق)، «تحفه الفقهاء»، جلد ۲، چاپ اول، دارالکتب العلمیه، بیروت، لبنان.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، (بی تا)، «معجم فقه الجواهر»، جلد ۵، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی، انتشارات الغدیر، بیروت، لبنان.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، (بی تا)، «جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام»، جلد ۲۳، انتشارات دارالکتب الإسلامیه، تهران.

صفایی، سید حسین، (۱۳۸۴)، «دوره مقدماتی حقوق مدنی»، جلد ۱ (اشخاص و اموال)، چاپ چهارم، انتشارات میزان، تهران.

طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ هـ.ق)، «المبسوط فی فقه الإمامیه»، جلد ۲، چاپ سوم، المكتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، تهران.

عاملی، شهید ثانی زین الدین بن علی، (۱۴۱۰ هـ.ق)، «الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه» (المحسّی، کلانتر)، جلد ۳، چاپ اول، کتابفروشی داور، قم.

عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، (۱۴۰۹ هـ.ق)، «رسائل المحقق الکرکی»، جلد ۱، چاپ اول، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، قم.

قمی، سید تقی طباطبایی، (۱۴۲۳ هـ.ق)، «الدلائل فی شرح منتخب المسائل»، جلد ۴، چاپ اول، کتابفروشی محلاتی، قم.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، «عقود معین»، جلد ۱، چاپ نهم، شرکت سهامی انتشار، تهران.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، «عقود معین»، جلد ۴، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار، تهران.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، «قواعد عمومی قراردادها»، جلد ۱، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار، تهران.

گروه گردآورندگان به سرپرستی میرجلال الدین کزازی، (۱۳۹۰)، «واژه نامه پارسی سره»، نسخه PDF، چاپ اول، انتشارات فرهنگستان زبان پارسی، تهران.

محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۹)، «قواعد فقه» (بخش مدنی؛ مالکیت، مسئولیت)، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران.

محمود عبد الرحمان، (بی تا)، «معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه»، جلد ۳.

مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵ هـ.ق)، «انوار الفقهاء» (کتاب البیع)، جلد ۱، مدرسه الامام علی بن ابیطالب علیه السلام، قم.

موسویان، سید عباس، (پاییز ۱۳۹۰)، «امکان سنجی کاربرد مرابحه در بانکداری بدون ربا»، فصلنامه روند پژوهش های اقتصادی، سال نوزدهم، شماره ۵۹.

موسویان، سید عباس، (زمستان ۱۳۸۶)، «طراحی کارت های اعتباری در بانکداری بدون ربا براساس بیع مرابحه، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۸.

موسوی خمینی، سیدروح الله، (۱۴۲۱ هـ.ق)، «کتاب البیع» (للامام الخمينی)، دوره ۵ جلدی، جلد ۱، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران.

موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۷۶)، «استفتائات جدید»، جلد ۱، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.