

مراجه بانکی و مشروعیت آن

امیرحسین علی‌زاده*

چکیده

عقد مرابه یکی از عقود اسلامی و یکی از ابزارهای بانک‌های اسلامی برای اعطای تسهیلات است. عقد مرابه به دو شیوه منعقد می‌شود: مرابه‌ای که یک شخص کالایی را خریداری نموده، با مقداری سود به شخص دیگری می‌فروشد؛ مرابه‌ای که علاوه بر خریدار و فروشنده، بانک نیز حضور دارد. بدین ترتیب که بانک بر مبنای سفارش اولیه خرید، کالا را از فروشنده می‌خرد، سپس آن را به موجب عقد مرابه و با مبلغی سود به مشتری می‌فروشد. در این نوع قرارداد ممکن است بانک برای خرید کالا و خدمات و فروش آن به مشتری وکالتی بدهد، همچنین ممکن است برای پرداخت قیمت کالا کارت اعتباری صادر نماید. مرابه بانکی در حقیقت یکی از مصادیق بیع عینه است که در احادیث شیعه و فقه اسلامی بیان شده است. در این نوع قرارداد، چند قرارداد با یکدیگر تلفیق می‌شود: پیشنهاد خرید کالا و تعهد به خرید از جانب مشتری، وکالت بانک به مشتری برای خرید کالا، پرداخت قیمت بر مبنای کارت اعتباری مرابه و فروش آن به خود. در این نوع قرارداد بانک باید کالای مورد تقاضا را به مالکیت خود درآورد سپس کالا را بر مبنای مرابه به مشتری بفروشد. این توافق و تراضی طرفین مبنی بر تعهد خرید از سوی مشتری مشروع است و نیروی الزام‌آور خود را از تراضی طرفین اخذ می‌کند. در حقوق ما نیز ماده ۱۰ قانون مدنی می‌تواند مستندی برای مشروعیت این تراضی باشد. لکن وکالت اعطایی بانک به مشتری و پرداخت از طریق کارت اعتباری با ایراد و اشکال مواجه است.

کلیدواژه‌ها: بیع، وکالت، مرابه، کارت اعتباری، مشروعیت.

یکی از ابزارهای اعطای تسهیلات که در دهه‌های اخیر در بانکهای اسلامی مورد استفاده قرار گرفته است، مرابحه بانکی است. در همین راستا مطابق مفاد ماده ۹۸ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، مصوب سال ۱۳۸۹ به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقد مرابحه اضافه شده است. آئین‌نامه اجرایی عقد یادشده که در تاریخ ۱۳۹۰/۵/۲ بنا به پیشنهاد مورخ ۱۳۹۰/۲/۳۱ بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به تصویب هیأت وزیران رسیده، بخش‌های ۱۴ «استصناع» و ۱۵ «مرابحه» و ۱۶ «خرید دین» را به آیین‌نامه فصل سوم عملیات بانکی بدون ربا مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ الحاق نمود. سپس دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه در ۲۸ ماده و ۹ تبصره در یک‌هزار و دویست و سیزدهمین جلسه مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ شورای پول و اعتبار به تصویب رسید و جایگزین مصوبه یک‌هزار و یک‌صد و بیست و هشتمین جلسه مورخ ۱۳۹۰/۵/۲۵ شد و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، در بخشنامه شماره ۳۴۷۱۷۲/۹۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۷ به شبکه بانکی فرم‌های یکنواخت قرارداد مرابحه و عقود دیگر را که مربوط به قراردادهای تسهیلات بانکی بودند، ابلاغ کرد. در این بخشنامه آمده است که از این پس تمامی قراردادهای جدید صرفاً بر اساس فرم‌های مزبور تنظیم و منعقد شود.^۱ به دنبال آن دستورالعمل اجرایی کارت اعتباری مرابحه در ۳۸ ماده و ۵ تبصره در یازدهمین جلسه مورخ ۱۳۹۵/۵/۳۱ کمیسیون مقررات و نظارت مؤسسات اعتباری بانک مرکزی به تصویب رسید. در این مقاله ابتدا به این موضوع می‌پردازیم که ایده به‌کارگیری این نوع قرارداد در شبکه بانکی از چه زمانی آغاز شد و سپس به بررسی تعریف آن و جایگاه مرابحه بانکی در متون فقهی و حقوقی و اقتصادی پرداخته می‌شود، سپس به چگونگی انعقاد قرارداد مذکور و صدور کارت مرابحه بانکی اشاره می‌شود و سرانجام با ذکر نظرهای موافقان و مخالفان و تحلیل مبانی فقهی و حقوقی، مشروعیت آن بیان خواهد شد.

۱. پیشینه مرابحه

مرابحه به شیوه سنتی آن از صدر اسلام مورد استفاده قرار می‌گرفته است و در برخی از روایات و احادیث تحت عنوان «بیع اعاجم» و «بیع ده یازده» یا «ده دوازده» معروف شده بود. چنان‌که در حدیثی آمده است: «الْعَلَاءُ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع):

۱. بخشنامه‌های مدیریت کل مقررات، مجوزهای بانکی و مبارزه با پولشویی سال ۱۳۹۴، مدیریت کل مقررات، مجوزهای بانکی و مبارزه با پولشویی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مندرج در: <http://www.cbi.ir/datedlist/12974.aspx>.

الرَّجُلُ يُرِيدُ أَنْ يَبِيعَ الْبَيْعَ فَيَقُولُ أُبِيعُكَ بِذَهَبٍ دَوَاوُدَ أَوْ دَهْ يَزْدَدُ فَقَالَ لَا بَأْسَ إِنَّمَا هَذِهِ الْمُرَاوَضَةُ فَإِذَا جَمَعَ الْبَيْعَ جَعَلَهُ جُمْلَةً وَاحِدَةً»^۱

و در حدیثی دیگر می‌خوانیم: «قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ عَنْ بَيْعِ دَهْ يَزْدَدُ أَوْ دَهْ دَوَاوُدَ وَ قَالَ إِنَّمَا هُوَ بَيْعُ الْأَعَاجِمِ»^۲

اما در دهه‌های اخیر شکل جدیدی از آن مورد استفاده بانک‌ها قرار گرفته است. اولین کسی که این نوع از مرابحه را به شکل پیشرفته مطرح نمود، دکتر سامی حمود است که آن را «فروش بر مبنای قیمت به علاوه سود به شخصی که دستور به خرید می‌دهد.» نامید.^۳ امروزه از این نوع مرابحه تحت عنوان «مرابحه برای دستوردهنده خرید»^۴ یاد می‌شود که وی در رساله دکتری خود در سال ۱۹۷۶ میلادی مطرح نموده است.^۵ او یادآوری می‌کند که اصطلاح مزبور را از استاد فقه در دانشگاه قاهره، شیخ محمد فرج السنهوری، الهام گرفته است. ایشان این نوع از مرابحه را به بانک توسعه اسلامی^۶ و بانک اسلامی دبی^۷ در سال ۱۹۷۶ پیشنهاد می‌دهد و در سال ۱۹۷۸ در بانک اسلامی اردن آن را اجرا می‌کند و در سال ۱۹۷۹ آن را به اتاق مالی کویت^۸ توصیه می‌نماید.^۹

۲. تعریف قرارداد مرابحه بانکی

مرابحه در ماده ۸۱ آیین‌نامه فصل سوم عملیات بانکی بدون ربا چنین تعریف شده است: «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 به عنوان سود، آن را به صورت نقدی نسبه دفعی یا اقساطی، به اقساط مساوی و یا غیرمساوی در سررسید یا سررسیدهای معین به متقاضی واگذار می‌کند.» این تعریف، در قسمت ۱-۳ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه نیز بیان شده است.

۱. اصفهانی، محمد باقر بن محمد تقی، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، جلد دهم، چاپ اول، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره)، قم، ۱۴۰۶ ق، صص. ۵۷۴-۵۷۳.

۲. البیهقی، ابی بکر احمد بن الحسین بن علی، السنن الکبری، الجزء ۵، بی تا، ص ۳۳۰.

3. Salih-Mahmoud, Mahmoud, The Concept of Murabaha in a Modern Islamic Context, The International Studies Unit University of Salford, 1990, p. 43.

4. Murabaha Sale to the Purchase Orderer

5. Salih-Mahmoud, Mahmoud, op. cit., p. 44.

6. Islamic Development Bank (IDB)

7. Dubai Islamic Bank (DIB)

8. Kuwait Finance House

9. Kahf, Monzer, Islamic Banks: The Rise of a New Power Alliance of Wealth and Sharia Scholarship, The Politics of Islamic Finance, Clement M. Henry and Rodney Wilson (eds), Edinburgh University Press, 2004, p. 33.

در تکمیل ماده ۸۱، ماده ۸۲ می‌گوید: «بانک‌ها می‌توانند به منظور رفع نیازهای واحدهای تولیدی، خدماتی و بازرگانی برای تهیه مواد اولیه، لوازم یدکی، ابزار کار، ماشین آلات، تأسیسات، زمین و سایر کالاها و خدمات مورد احتیاج این واحدها و نیازهای خانوارها برای تهیه مسکن، کالاهای بادوام و مصرفی و خدمات به سفارش و درخواست متقاضی مبادرت به تهیه و تملک این اموال و خدمات نموده و سپس آن را در قالب عقد مرابحه به متقاضی واگذار نمایند.» مفاد همین ماده در ماده ۲ دستورالعمل اجرایی نیز مشاهده می‌شود.

۳. جایگاه مرابحه در متون فقهی

در فقه بیع به اعتبار تحدید ثمن، با این وصف که بایع رأس‌المال را که با آن کالا را خریده، اعلام نماید یا خیر، به چهار نوع تقسیم می‌شود:^۱
 بیع مساومه که در آن بایع رأس‌المال را اصلاً ذکر نمی‌نماید.
 تولیت که در آن رأس‌المال ذکر می‌گردد بدون مبلغ زاید بر آن.
 مرابحه که با ذکر رأس‌المال چیزی را بر آن به عنوان سود بیفزاید.
 وضعیه که با ذکر رأس‌المال چیزی از آن بکاهد.

سه قسم اخیر را که در آن به اعلام رأس‌المال از جانب بایع، اعتماد می‌شود، «بیوع الامانه» نامیده‌اند.^۲ البته علاوه بر این تعریف، فقها تعاریف دیگری نیز مطرح کرده‌اند: «مرابحه بر وزن مفاعله از ربح می‌باشد و آن مقتضی انجام از سوی دو طرف می‌باشد^۳ و وجه آن این است که عقد متوقف بر رضا و صیغه از سوی هر یک از دو طرف است. بنابراین هر یک از آنها فاعل برای کسب سود هستند. هر چند به ملکیت یک طرف اختصاص می‌یابد.»^۴ برخی دیگر نیز مرابحه را مقتضی مشارکت - نه به معنای حقیقی - دانسته‌اند^۵ و ظاهر را در آن دانسته‌اند که از معنی اصلی خود به معنی شرعی یا متشرعی خارج گردیده و آن در مرابحه عبارت است از «انتقال به رأس‌المال و

۱. کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریرالمجله، الجزء الاول الطبعة الاولى، الجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه، ۱۴۲۲ ق، ص. ۳۱۴.

۲. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، جلدهای دهم، یازدهم و شانزدهم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۱۴ ق.

۳. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد سوم، چاپ اول، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳ ق، ص. ۳۰۶؛ حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرمه فی شرح قواعد العلامه، جلد سیزدهم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۹ ق، ص. ۸۱۰.

۴. همان.

۵. نجفی، حسن بن جعفر بن خضر (کاشف الغطاء)، انوار الفقاهه (کتاب البیع)، جلد اول، چاپ اول، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف، ۱۴۲۲ ق، ص. ۱۷۴.

زیاده بر آن، بعد از اخبار به رأس‌المال یا زیاده بر آن و هزینه‌های مبیع، به وسیله عقد بیع.^۱

علاوه بر این در ذیل مباحث مرابحه و بیع «عینه» حالت دیگری نیز بیان شده است که با حالت فوق متفاوت است. در ابتدا به بیان احادیث مربوط به بیع عینه می‌پردازیم.

اول؛ روایت معاویه بن عمار: «معاویه بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله (ع) یجینی الرجل یطلب البیع الحریر و لیس عندی شیء منه فیقولنی علیه و أقوله فی الربح و الأجل حتی نجتمع علی شیء ثم أذهب فأشتری له الحریر فأدعوه إلیه فقال أ رأیت إن وجد بیعا هو أحب إلیه مما عندک أ یستطیع أن ینصرف إلیه و یدعک أو وجدت أنت ذلك أ تستطیع أن تنصرف عنه و تدعه قلت نعم قال لا بأس»^۲.

معاویه بن عمار گفت: «از امام صادق (ع) پرسیدم: کسی نزد من می‌آید و می‌خواهد از من حریر بخرد، در حالی که من هیچ حریر ندارم، سپس بر سر قیمت و مدت آن با هم گفت‌وگو می‌کنیم و به تفاهم می‌رسیم. از آن پس من می‌روم و برای او حریر می‌خرم و او را به خریدن آنها می‌خوانم. امام (ع) فرمود: اگر او حریری بهتر از آنچه نزد تو است بیابد، آیا می‌تواند به سراغ آن برود و تو را واگذارد، یا اگر تو چنین داد و ستدی یافتی، آیا می‌توانی به سراغ آن بروی و او را واگذاری؟ گفتیم: آری. فرمود: ایرادی نیست.»

دوم؛ روایت عبدالرحمن بن حجاج: «عبد الرحمن بن حجاج قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن العینة فقلت یأتینی الرجل فیقول اشتر المتاع و اربح فیہ کذا و کذا أرضیه علی الشیء من الربح فتراضی به ثم أنطلق فأشتری المتاع من أجله لو لا مکانه لم أُرده ثم أتیه به فأبیعه قال ما أری بهذا بأساً لو هلك منه المتاع قبل أن تبیعهُ إیاه کأن من مالک و هذا علیک بالخیار إن شاء اشتراه منك بعد ما تأتیه و إن شاء رده فليست أری به بأساً»^۳.

از امام صادق (ع) درباره بیع «عینه» پرسیدم و گفتیم: کسی نزد من می‌آید و می‌گوید فلان کالا را برای من بخر و در آن، فلان مقدار سود بگیر. من بر سر اندازه سود با او چانه می‌زنم و سرانجام بر آن توافق می‌کنیم. پس می‌روم و آن کالا را برای او می‌خرم، به گونه‌ای که اگر درخواست او نبود، هرگز آن کالا را نمی‌خواستیم. سپس آن را

۱. همان.

۲. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، جلد هفتم، چاپ چهارم، دار الکتب الإسلامیه، تهران.

۱۴۰۷ ق، صص. ۵۱-۵۰.

۳. همان، ص. ۵۱.

نزد او می‌آورم و به او می‌فروشم. امام (ع) فرمود: در این ایرادی نمی‌بینم. اگر چنین بوده است که اگر کالای خریداری شده پیش از این که آن را به وی بفروشی از بین می‌رفت، از مال مالک به شمار آید و این شخص مشتری نیز اختیار آن را داشته باشد که اگر بخواهد، آن کالا را از تو بخرد و اگر نخواهد، نخرد، در این معامله اشکالی نمی‌بینم.

سوم؛ روایت محمد بن مسلم: «مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَتَاهُ رَجُلٌ فَقَالَ ابْتَعْ لِي مَتَاعاً لَعَلِّي أَشْتَرِيهِ مِنْكَ بِنَقْدٍ أَوْ بِنَسِيئَةٍ فَأَبْتَاغَهُ الرَّجُلُ مِنْ أَجَلِهِ قَالَ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ إِنَّمَا يَشْتَرِيهِ مِنْهُ بَعْدَ مَا يَمْلِكُهُ»^۱

از امام در این باره پرسیدم که مردی است، دیگری نزد او آمده و گفته است: برایم کالایی بخر، شاید آن را به نقد یا نسیه از تو بخرم. او نیز برای آن دیگری کالا را خریده است. امام فرمود: اشکالی ندارد، البته تنها باید هنگامی کالا را از آن مرد واسطه بخرد که وی آن را مالک شده باشد.

چهارم؛ روایت یحیی بن حجاج: «یحیی بن الحجاج قال: سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل قال لي اشتر هذا الثوب و هذه الدابة و بعينها اربحك فيها كذا و كذا قال: لا بأس بذلك اشترها و لا تواجبه البيع قبل ان تستوجبها او تشتريها»^۲

یحیی بن حجاج گفت: من از ابا عبدالله (ع) پرسیدم: از مردی که به من گفت: این پیراهن و این حیوان را برای من بخر و من به تو فلان مقدار سود می‌دهم. فرمودند: در این ایرادی نیست. آن را می‌خری و قبل از خرید و تملکش نمی‌فروشی. برخی در تفسیر این احادیث گفته‌اند که اگر شخصی به دیگری بگوید این پیراهن را برای خودت بخر و من از تو می‌خرم و به تو فلان مقدار سود می‌پردازم، اخذ سود مجاز است و امر در ترک و خرید آن مخیر است.^۳

با توجه به احادیث یادشده تعاریف ذیل از بیع عینه را می‌توان در کتب فقهی امامیه ملاحظه کرد:

۱- اصل عینه از عین می‌باشد که همان نقد حاضر است، وانگهی نسیه و سلف را نیز عینه نام نهادند. زیرا صاحب آن با توسل به آن به نقد حاضر دست می‌یابد.^۴ به این صورت که تاجر کالایی را به اجل معین به مشتری بفروشد،

۱. همان.

۲. همان، ص. ۵۸.

۳. حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد دوم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق، ص. ۲۹۵.

۴. مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة - کتاب البیع، چاپ اول، مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم، ۱۴۲۵ ق، ص. ۳۳۶.

۲- سپس آن را از مشتری به کمتر از آن ثمن اولیه بخرد.^۱ علاوه بر این عینه به فروش آنچه در نزد طرف نیست، نیز اطلاق می‌گردد^۲ و یا آن که انسان چیزی را به نسیه بخرد، سپس آن را به کمتر از ثمن اول در همان مجلس نقداً بفروشد.^۳

۲- عینه گاه ممکن است برای دستیابی به کالا باشد بدون آن که فعلاً رد ثمنی مفروض باشد. این حالت را با مثالی توضیح می‌دهیم: شخصی به نزد تاجر آمده و از او می‌خواهد کالایی را برای او بخرد در حالی که کالا در نزد تاجر نیست. تاجر کالا را به صورت نقدی خریده، سپس به صورت مؤجل - به ثمنی بیش‌تر از حالت نقد - به او می‌فروشد. در این حالت ممکن است تاجر خود شخصاً آن را نخرده بلکه ثمن را نقداً در اختیار مشتری قرار داده، وی را وکیل در خرید کالا قرار دهد.^۴

۳- عینه عبارت است از این که شخصی کالایی را به ثمن مؤجل از فروشنده بخرد، سپس آن را به صورت نقد به وی بفروشد تا دینی را که برعهده او بوده و حال گردیده، ادا نماید.^۵ به عبارت دیگر نوع دیگر عینه حالتی است که برای فرار از ربا است. بدین صورت که شخصی که محتاج به مبلغی پول است، به نزد تاجر آمده، کالایی را به قیمت زاید بر قیمت واقعی به صورت مؤجل می‌خرد و پس از استقرار ثمن بر ذمه، مشتری کالا را به بایع اول یا غیر آن به ثمن کمتر می‌فروشد و ثمن را قبض می‌نماید و مبلغ اول تا حلول اجل بر عهده او باقی می‌ماند.^۶ در این حالت اگر بیع به صورت حقیقی و جدی واقع گردد، صحیح است اما اگر برای رهایی از ربا به صورت صوری واقع گردد، صحیح نیست.^۷

۱. اصفهانی، محمدتقی، روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، جلد هفتم، چاپ دوم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، قم، ۱۴۰۶ ق، ص. ۳۰۳.

۲. همان، صص. ۳۰۳-۳۰۷.

۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه (المکاسب)، جلد هفتم، بی‌جا، بی‌تا، ص. ۵۱۲؛ انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد آمین، کتاب المکاسب، جلد ششم، چاپ اول، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق، ص. ۱۶۶.

۴. مکارم شیرازی، ناصر، منبع پیشین، ص. ۳۳۶.

۵. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، نه‌ایه الاحکام فی معرفه الاحکام، جلد دوم، چاپ اول، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۹ ق، ص. ۵۳۱.

۶. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضر فی احکام العترة الطاهره، جلد بیستم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۵ ق، صص. ۹۴-۹۵.

۷. مکارم شیرازی، ناصر، منبع پیشین، ص. ۳۳۶.

مشابه تعاریف مطرح شده در کتاب «ام» شافعی نیز ذکر گردیده است.^۱ در کتب فقهی اهل سنت در باب عینه صورت‌های متعددی بیان شده است:

۱- شخصی به دیگری محتاج است و از او تقاضای قرض می‌کند. لکن شخص قرض‌دهنده به جای قرض دادن می‌گوید به تو قرض نمی‌دهم. اما اگر این کالا را بخواهی، به تو به صد تومان می‌فروشم، در حالی که قیمت آن در بازار هشتاد تومان است. قرض‌گیرنده به این امر راضی می‌شود و بیع منعقد می‌گردد. انعقاد این بیع سبب می‌شود که قرض‌دهنده به صد تومان خود و قرض‌گیرنده به هشتاد تومان برسد.^۲

۲- عینه معامله‌ای است که دارای سه وجه است: اول آن که شخصی به شخص دیگر بگوید که کالایی را به فلان قیمت بخر، من در آن به فلان مقدار سود می‌دهم. این امر ربا است. دوم آن که بگوید کالا را برای من بخر و من به تو در آن سود می‌پردازم بدون آن که ثمن ذکر شود، این امر مکروه است و حرام نیست. سوم آن که کالایی را از او مطالبه نماید، لکن فروشنده آن را نیابد و آن را از شخص دیگری بدون دستور وی بخرد و به وی بگوید، کالایی را که از من درخواست نمودی، خریدم. اگر می‌خواهی از من بخر. این امر جایز است خواه به نقد یا نسیه، برابر با میزان ثمن اولیه یا کمتر از آن.^۳

۴. جایگاه مرابحه بانکی از منظر حقوقی و اقتصادی

در ترمینولوژی حقوق مرابحه چنین تعریف شده است: «قسمی از بیع که فروشنده قیمت تمام شده بیع را برای وی (خریدار) در متن عقد (و یا در مقاله) ذکر می‌کند (این قسمت را رأس‌المال گویند) و بهره‌ای روی آن می‌کشد».^۴

در بانکداری اسلامی، مرابحه به معنای فروش بر مبنای پرداخت معوق، بعد از افزودن یک سود به ارزش کالاها می‌باشد. تفاوت قرارداد مرابحه در شکل اصلی آن در شریعت با شکل معاصر بانکی آن این است که در اولی یک قرارداد فروش فوری بر مبنای بیان قیمت کالایی است که خریداری شده است. لکن در مرابحه بانکی معاصر،

۱. الشافعی، ابوعبدالله محمد ابن ادریس، الام، دارالمعرفه، جزء سوم، بیروت، ۱۴۱۰ ق، ص. ۳۹.

۲. دمشقی حنفی، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین (ابن عابدین)، ردالمحتار علی الدر المختار، جلد پنجم، الطبعة الثانية، دارالفکر، بیروت ۱۴۱۲ ق، ص. ۲۷۳. برای دیدن حالتی که شخص ثالث وارد معامله می‌شود نیز به همین کتاب مراجعه گردد.

۳. الکلبي الغرناطی، محمد بن احمد بن جزى، القوانین الفقهیه، یک جلد، بی‌تا، بی‌جا، ص. ۱۷۱.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، وسبط در ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۹، ص. ۶۳۳ (واژه ۳۷۷۵).

کالا بدواً در اختیار بانک (فروشنده) نیست. وی یک دستور به خرید کالایی مشخص را دریافت می‌کند، سپس دستوردهنده خرید تعهد می‌نماید که آن کالا را بعداً، در قبال یک ثمن، که بر مبنای ثمن اولیه و یک میزان سود معین تعریف می‌شود، خریداری نماید. به همین علت واژه مرابحه را در واژگان معاملی تحت عنوان «مرابحه برای صادرکننده دستور برای خرید»^۱ می‌نامند.^۲ بانک‌های اسلامی به ندرت معامله مرابحه ساده را تحت عنوان «فروش بر مبنای قیمت به انضمام سود»^۳ در قبال پرداخت فوری و کامل ثمن از طرف مشتری منعقد می‌سازند. در این قرارداد هیچ گونه سرمایه‌گذاری نشده است و بانک به منزله یک سمسار^۴ رفتار می‌نماید. برای فراهم نمودن سرمایه‌گذاری تجاری بر مبنای سرمایه‌گذاری اسلامی، مرابحه معمولاً با فروش مؤجل که یکی از شکل‌های فروش نسیه در حقوق اسلام است، ارتباط دارد.^۵ بانک در صورتی مستحق دریافت سود شناخته می‌شود که مالکیت آن کالا را ولو برای یک زمان کوتاه به دست آورد، به عبارت دیگر ریسکی قابل تصور باشد.^۶ به همین جهت این شکل از مرابحه بانک را در صورتی که مشتری از تکمیل تعهد خود بر خرید کالا امتناع نماید، در معرض ریسک شدید قرار می‌دهد. بر طبق این قرارداد مشتری متعهد می‌گردد که کالا را از بانک بخرد و اگر مشتری از تکمیل تعهدات خود مبنی بر خرید درمانده شود، باید هر خسارتی را که با امتناع وی از خرید کالا ایجاد شده، جبران نماید. در مرابحه بسیار مدرن نیز بانک تعهدات ناشی از مالکیت را به مشتریان خود انتقال می‌دهد.^۷

۵. ارکان قرارداد مرابحه بانکی و شیوه انعقاد آن

در تمامی تعاریف ارائه شده از جمله تعریف مندرج در ماده ۸۱ آیین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا و بخش ۱-۳ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه به این که

1. Murabaha for the Issuer of the Purchasing Order
2. Abdullah bin Aqeel, Abdul – Rahman, Shariah Precautionary Procedures in Murabaha and Istisna (a practical perspective), Islamic Finance into 21 th Century, Harvard University, 1999, p.127.
3. Cost Plus Profit Sale
4. Broker or Middle – Man
5. Usmani, Taqi, Murabahah, an online publication by ([http:// accountancy.com.pk](http://accountancy.com.pk)), 2000, p. 7.
6. Mersadi Tabari, Nima, Islamic Finance and Modern World, The Legal Principle Governing Islamic Finance in International Trade, The University of East Anglia, 2010, pp. 7-8.
7. Hegazy, Walid, Islamic Finance in Malaysia, A Tax Perspective, Islamic Finance in 21st Century, Harvard University, 1999, p. 219.

در قانون بانکداری اسلامی اردن مصوب ۱۹۸۵ در تعریف عقد مرابحه برای دستوردهنده خرید آمده است: بیع المرابحه للأمر بالشراء: قیام البنك بتنفيذ طلب المتعاقد معه علی اساس شراء الاول ما یطلبه الثاني بالتقد الذي یدفعه البنك کلیاً او جزئياً و ذلك في مقابل التزام الطالب بشراء ما أمر به و حسب الربح المتفق علیه عند الابتداء. قانون البنك الاسلامي الاردني للتمويل والاستثمار رقم (۶۲) لعام ۱۹۸۵ ماده (۲).

در مراجعه «عرضه‌کننده، بهای تمام‌شده اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می‌رساند» اشاره گردیده است. این بهای تمام‌شده اموال و خدمات همان رأس‌المال است که به اصل مال بدون سود و زیاده^۱ یا مبلغی که کالا خریداری شده، بدون ارزش منافع^۲ و یا آنچه عقد (اولیه) بر آن واقع شده، تعریف گردیده است.^۳ (ماده ۳ فرم یکنواخت قرارداد مراجعه که در بخشنامه شماره ۳۴۷۱۷۲/۹۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۷ بانک مرکزی آمده است، به این امر اشاره دارد.)

در ادامه ماده ۸۱ آیین‌نامه و قسمت ۱-۳ دستورالعمل اجرایی عقد مراجعه به این امر اشاره دارد که عرضه‌کننده پس از اعلام بهای تمام‌شده اموال و خدمات «با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود، آن را به صورت نقدی نسبیه دفعی یا اقساطی، به اقساط مساوی و یا غیرمساوی در سررسید یا سررسیدهای معین به متقاضی واگذار می‌کند.» بنابراین یکی دیگر از ارکان عقد مراجعه بانکی تعیین سود است. سود، زیاده حاصله در مباحثه و نماء تجارت نامیده شده که گاه به صاحب کالا نسبت داده می‌شود و گاه به کالا و عرفاً مازاد بر اصل سرمایه و قیمت است.^۴ مجموع بهای تمام‌شده اموال و خدمات به علاوه سود مؤسسه اعتباری به عنوان قیمت واگذاری تلقی می‌گردد (بند ۱-۷ دستورالعمل اجرایی عقد مراجعه).

ماده ۲ دستورالعمل اجرایی عقد مراجعه رکن دیگری را برای تحقق قرارداد مراجعه بانکی لازم دانسته است. به موجب این ماده مؤسسه اعتباری به سفارش و درخواست متقاضی، به تهیه و تملک اموال و تدارک خدمات مورد درخواست مبادرت نموده سپس آن را در قالب مراجعه به متقاضی واگذار می‌نماید. بنابراین، یکی از ارکان اصلی مراجعه احراز مالکیت کالای موضوع آن است. در حقیقت، برعهده گرفتن ضمان کالا از شرایط اصلی قرارداد مراجعه است، زیرا کسی که مایل به کسب سود است، باید ضمان کالا، از جمله خطر تلف آن را برعهده گیرد و این امر از طریق مسجل ساختن مالکیت کالا حاصل می‌گردد. به عبارت دیگر مالکیت کالا مقتضی آن است که ضمان آن برعهده صاحب آن باشد.^۵

۱. عبدالرحمان، محمود، معجم المصطلحات و الفاظ الفقهیه، جلد دوم، بی‌جا، بی‌تا، ص. ۱۰۹.
۲. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، المکتب المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق، ص. ۱۴۳.
۳. حسینی حلبی، ابن زهره، حمزه بن علی، غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، چاپ اول، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ۱۴۱۷ ق، ص. ۲۳۰.
۴. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، جلد چهارم، چاپ اول، مرکز الکتب لترجمه و النشر، تهران، ۱۴۰۲ ق، ص. ۲۴.
۵. «عمرو بن شعیب عن ابيه عن جده قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «لا يحل سلفاً وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك». سبحانی تبریزی، جعفر، مصادر الفقه

رکن دیگر قرارداد مباحه بانکی وجود سفارش و درخواست متقاضی است. به موجب ماده ۲ از دستورالعمل اجرایی عقد مباحه: «مؤسسه اعتباری ... به سفارش و درخواست متقاضی مبادرت به تهیه و تملک اموال و تدارک خدمات مورد درخواست نموده و سپس آن را در قالب مباحه به متقاضی واگذار می‌نماید». ماده ۷ از دستورالعمل بیان می‌دارد: «مؤسسه اعتباری موظف است قبل از اقدام به تهیه اموال و تدارک خدمات و ضمن قرارداد مباحه، مبادرت به درخواست و تعهد کتبی متقاضی (در چارچوب قرارداد فیما بین) مبنی بر خرید اموال و خدمات نماید». در ماده ۲ فرم یکنواخت قرارداد ارائه شده از سوی بانک مرکزی نیز به این امر اشاره گردیده است. در این حالت بانک کالا را می‌خرد مشروط به آن که قیمت و ویژگی آن در سفارش ارائه شده از سوی خریدار مشخص باشد.^۱ این امر بدیهی است چون بانک باید بداند که چه چیزی را خریداری نماید.

در ماده ۱۹ دستورالعمل نیز بیان گردیده است که «مؤسسه اعتباری می‌تواند در قرارداد مباحه به متقاضی جهت انتخاب، خرید و تحویل اموال و دریافت خدمات وکالت دهد». این موضوع در ماده ۵ فرم یکنواخت قرارداد بانک مرکزی نیز قید گردیده است. نماینده (مشتری) ابتدائاً کالا را بر عهده اصیل (بانک) خریداری نموده و در مدت زمانی کم مالکیت کالا را به خود منتقل می‌نماید. انتخاب یک نماینده که خود مشتری است، می‌تواند در کاهش ریسک ناشی از بر عهده گرفتن مالکیت کالا نقش به‌سزایی ایفا نماید. این امر از طریق کاهش مدت زمان بین مالکیت بانک و انتقال آن به مشتری محقق می‌گردد. علاوه بر این ریسک، ریسک نقدشوندگی^۲ زمانی بروز می‌کند که شخص در فروش دارایی به مشکل برخورد نماید. در ابزار مالی مباحه این ریسک موجود است، زیرا ممکن است کالای خریداری شده از سوی بانک مطابق با شرایط و صفات ارائه شده در قرارداد نباشد و یا مشتری از انعقاد قرارداد منصرف شود و بانک نتواند آن را به شخص دیگری بفروشد.^۳ قید اخیر در باب امکان انصراف از انجام معامله

← اسلامی و منابعه، چاپ اول، دار الأضواء، بیروت، لبنان، ۱۴۱۹ ق، ص. ۱۰۶؛ حدیث نبوی: «الخراج بالضمان». الخطاب، محمد کمال توفیق، القبض و الالتزام بالوعد فی عقد المباحه للامر بالشرا فی الفقه الاسلامی، المجلد الخامس عشر، العدد الاول، مونه للبحوث و الدراسات، جامعه الیرموک، اردب، ۲۰۰۰ م، ص. ۲۳۶.

۱. جمعی از نویسندگان پژوهشکده پولی و بانکی، عقد مباحه، چاپ اول، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، تهران، ۱۳۸۴، ص. ۵.

2. Liquidity Risk

3. Salman, Syed Ali, Islamic Modes of Finance and Associated Liquidity Risks, Conference Monetary Sector in Iran, Structure Performance & Challenging Issues, pp. 8-10. Thijs, Jeroen P.M.M., Risk Management in Islamic Banking, undated, p. 15.

در مرابحه به جهت وجود تقاضا و درخواست مشتری - که تعهد به خرید برای وی ایجاد خواهد نمود - وجود این نوع از ریسک را تا حدود زیادی کاهش می‌دهد. یکی از اشکال قرارداد مرابحه بانکی طراحی کارت اعتباری بر مبنای عقد مرابحه است. بنابر قسمت ۱-۸ از ماده یک دستورالعمل اجرایی کارت اعتباری، قرارداد کارت اعتباری قراردادی است که در زمان صدور کارت اعتباری فی مابین مؤسسه اعتباری و مشتری براساس مرابحه منعقد گردیده، مبین توافقات، تعهدات و سایر الزامات طرفین در خصوص کارت اعتباری است. به طور معمول، در کارت‌های اعتباری دارنده کارت با استفاده از اعتباری که بانک صادرکننده کارت برای وی در نظر می‌گیرد، به خرید کالا اقدام می‌کند و از محل اعتبار پیش‌گفته قیمت کالا را می‌پردازد سپس طبق قرارداد با بانک تسویه می‌کند. در طراحی کارت اعتباری بر اساس قرارداد مرابحه عناصر زیر حضور دارند:

۱- مؤسسه اعتباری که حسب بند ۱-۲ ماده ۱ دستورالعمل کارت اعتباری بانک یا مؤسسه اعتباری غیربانکی است که به موجب قانون یا با مجوز بانک مرکزی تأسیس شده، تحت نظارت آن بانک قرار دارد.

۲- مشتری که حسب بند ۱-۹ ماده ۱ دستورالعمل کارت اعتباری شخص حقیقی است که درخواست وی مبنی بر اخذ کارت اعتباری به مؤسسات اعتباری ارائه گردیده، کارت اعتباری به نام وی صادر شده و در قالب مرابحه از مؤسسه اعتباری تسهیلات اخذ می‌نماید.

۳- پذیرنده کارت که حسب بند ۱-۱۰ ماده ۱ از دستورالعمل کارت اعتباری شخصی است که در قبال دریافت وجه از طریق پایانه فروش فیزیکی یا مجازی به واگذاری اموال یا ارائه خدمات به مشتری مبادرت می‌نماید. البته در این قسمت به لحاظ آن که پرداخت از طریق دستگاه (POS) به عمل می‌آید، ممکن است بانک پذیرنده کارت نیز وارد گردد.

شیوه عملی انعقاد قرارداد مرابحه از طریق کارت اعتباری بدین نحو است که بانک بر مبنای وکالتی که به مشتری برای خرید کالای مورد نیاز وی داده است کالا را از پذیرنده کارت خریداری می‌کند و پس از پرداخت قیمت کالا از طریق کارت اعتباری، قرارداد مرابحه بین بانک و مشتری منعقد می‌گردد و با انعقاد این قرارداد، مشتری بدهکار مبلغ مرابحه به صورت اقساطی خواهد گردید.

۶. آیا مرابحه بانکی یکی از مصادیق بیع عینه است؟

در این بین، برخی معتقدند که مرابحه برای دستوردهنده خرید غیر از بیع عینه است و چنین استدلال نموده‌اند که بیع عینه شامل دو معامله است، یک قرارداد

اعتباری (مدت دار) با یک قیمت بیشتر و یک قرارداد حال با قیمت کمتر و در صورتی معتبر است که دو قرارداد به یکدیگر وصل نگردند، به گونه‌ای که انعقاد قرارداد دوم برای شخص متقاضی الزام‌آور باشد، مضافاً این عبارات هیچ چیزی را در مورد مباحثه‌ای که فروشنده کالا را به نسیه و یا به اقساط به مشتری واگذار می‌کند، بیان نمی‌نماید. تأخیر در پرداخت، مربوط به بیع مؤجل است که از اصل و پایه براساس مساومه است. سود اضافی در صورتی که یک قرارداد مدت‌دار منعقد گردد، مفروض است که در این وضعیت، سود ناشی از مباحثه نخواهد بود. واژه وعده (تعهد الزام‌آور) به طور کامل و آشکار در این متون، دست کم در مورد دو معامله به ظاهر مرتبط رد شده است.^۱

به نظر نگارنده دلایل فوق مردود است. زیرا بیع عینه تنها ناظر به حالتی نیست که فقط دو طرف در آن باشند بلکه ممکن است شخص سوم نیز وارد معامله گردد. به عبارت دیگر آنچه از تعاریف فقها بر می‌آید، آن است که ایشان به تعریف عینه از باب تعیین مصداق آن پرداخته‌اند و یکی از مصادیق همان طور که در مطالب قبل بیان گردید، آن است که شخص در جهت به دست آوردن کالایی که دارای آن نیست، تقاضای آن را به دیگری می‌دهد. در باب مشروعیت مباحثه نیز همان طور که بعداً توضیح خواهیم داد، عوامل مختلفی دخیل هستند. لکن این موضوع نمی‌تواند مستندی در جهت بیان این مطلب باشد که عینه غیر از مباحثه برای دستوردهنده خرید است؛ چرا که بیان مشروعیت و یا عدم مشروعیت در باب معاملات ناظر بر مرحله تشریع است نه تکوین. از طرف دیگر همان طور که برخی از بزرگان بیان نموده‌اند، اخبار عینه از باب مباحثه است. به گونه‌ای که اگر هدف، بیع به نحو حقیقی باشد، معامله صحیح، لکن در صورتی که جهت اخذ سود و ربا باشد، باطل است.^۲ در شیوه انعقاد قرارداد مباحثه بانکی نیز مشتری بنا بر تقاضای اولیه مبادرت به درخواست خرید کالای مشخص از بانک می‌نماید. بانک نیز خود و یا از طریق وکالتی که به مشتری می‌دهد مبادرت به خرید کالا و سپس فروش آن به مشتری می‌نماید. وکالت منعقد شده اگرچه رابطه حقوقی جدیدی بین بانک و مشتری ایجاد می‌کند، لکن در نفس تراضی اصلی مشتری و بانک که مبتنی بر تعهد به خرید و مباحثه است، مؤثر نخواهد بود. مضافاً صدور کارت اعتباری مباحثه نیز در راستای پرداخت بهای کالای موضوع خریداری از سوی بانک است که به صراحت در ماده ۳ دستورالعمل کارت اعتباری قید گردیده است. بنابراین

1. Nyazee, Imran Ahsan Khan, Murabahah and Credit Sale, the Federal Law House, Pakistan, 2009, p. 57.

البته نتیجه‌گیری این نویسنده از سخنان امام شافعی بوده است.

۲. غروی نائینی، میرزا محمد حسین، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد اول، چاپ اول، المکتبه المحمدیه،

تهران، ۱۳۷۳ ق، ص. ۷۸.

باید پذیرفت که مرابحه بانکی یکی از مصادیق عینیه است که در فقه مطرح گردیده است. لکن همان طور که بیان شد، ممکن است شروط مندرج در آن در مشروعیت مرابحه تأثیر بگذارد.

۷. تحلیل مبانی فقهی و حقوقی مشروعیت مرابحه بانکی

در مورد مشروعیت مرابحه باید بین دو حالت تفاوت قایل شد. حالتی که در آن بانک دارای مالکیت ابتدایی نسبت به موضوع مرابحه است و حالتی که بانک بعد از دریافت دستور خرید مبادرت به تملک کالا و سپس فروش در قالب عقد مرابحه می‌نماید. در مورد مشروعیت مرابحه نوع اول، فقه حنفیه و شافعیه به جواز آن تصریح نمودند و برای اثبات نظر خود به آیاتی از قرآن از جمله «احل الله البیع»^۱ و «آخرین یضربون فی الارض یتغون من فضل الله»^۲ استناد نمودند و بیان داشته‌اند که این آیات صریح در حلیت بیع است و مرابحه یکی از انواع بیع است. علاوه بر این سنت نبوی و قول ایشان را نیز مستند رأی خود قرار داده‌اند: «انما بیع عن تراض»^۳.
در فقه مالکیه برخی به جواز مرابحه و برخی به کراهت آن قایلند. در فقه حنابله قایل به کراهت مرابحه هستند و علت آن را این‌گونه بیان داشته‌اند که در مرابحه نوعی جهالت وجود دارد و احتراز از آن اولی است. از نظر صاحبان این نظریه، بیع مساومه اولی است.^۴ در این بین ابن حزم به طور جداگانه قایل به عدم جواز بیع مرابحه گردیده و دلیل آن را این می‌داند که اگر بیع با این شرط واقع شود که به فلان مقدار سود پرداخت گردد، شرطی است مخالف کتاب خدا و باطل. مضافاً بیع به ثمن مجهول است.^۵ در انتقاد از این نظر گفته‌اند سود زیاده بر ثمن اول از شروط منهی‌عنه در کتاب خدا نیست. به علاوه، اگر سود زیاده بر ثمن اولیه وجود نداشته باشد، فایده‌ای که بایع از تجارتش دارد، چیست؟ از طرف دیگر ثمن نیز مجهول نیست و جهالت قابل رفع است و می‌توان با حساب آن را زایل نمود.^۶

۱. بقره، آیه ۲۷۵.

۲. مزمل، آیه ۲۰.

۳. الکاسانی، ابوبکر بن مسعود بن احمد، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، دارالکتاب العربی، بیروت، جلد پنجم، ۱۹۸۲ م، ص. ۲۲۰؛ ابن قدامه، ابومحمد موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد، المغنی، جلد چهارم، دارالکتاب العربی، بیروت، ۱۹۷۲ م، ص. ۲۵۹؛ الاندلسی القرطبی، ابومحمد، علی بن احمد بن سعید بن حزم، المحلی، جلد نهم، تحقیق لجنه احیاء التراث، دارالاقاق الجدیده، بیروت، بی‌تا، ص ۱۶۱. به نقل از: محمدالحطاب، کمال توفیق، منبع پیشین، ص. ۲۳۷.

۴. همان.

۵. الاندلسی القرطبی، ابومحمد علی بن احمد بن سعید بن حزم، المرجع نفسه، ص. ۱۴. (مسأله ۱۵۱۵).

۶. الجندی، محمد، عقد المرابحه بین الفقه الاسلامی و التعامل المصرفی، دارالنهضة العربیه، القاهرة، ۱۹۸۶، صص. ۵۸-۵۰.

در فقه امامیه مرابحه جایز است و برخی نسبت به آن ادعای اجماع کردند.^۱ زیرا بر بایع واجب نیست که رأس‌المال را ذکر نماید، بلکه او می‌تواند به زیادت‌تر یا کمتر از آنچه خریده است، بفروشد.^۲

لکن نوع تحلیل ارائه شده در حالتی که بانک دارای مالکیت ابتدایی نباشد، متفاوت است. درباره مشروعیت این نوع از مرابحه باید عوامل مختلف که در مشروعیت مؤثر است، به طور جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. این عوامل عبارتند از تراضی بر سود و قیمت در دستور برای خرید، تخییر یا عدم تخییر مشتری به خرید در انجام معامله، وکالت اعطایی بانک به مشتری برای خرید کالا و سپس فروش بر مبنای مرابحه و نیز صدور کارت اعتباری مرابحه. از طرف دیگر بانک در تقاضای خرید نسبت به اوصاف و ویژگی‌های کالای مورد تقاضا و قیمت آن و سود با مشتری توافق می‌نماید. حال سؤال پیش رو آن است که تعهد الزام‌آور مشتری به خرید کالا و قید قیمت و سود کالای مورد تقاضا چه نقشی در مشروعیت این قرارداد دارد. از طرف دیگر بانک به مشتری وکالتی اعطا می‌نماید که بر مبنای آن کالای مورد تقاضا را خریداری نماید، سپس آن را بر مبنای مرابحه به خود بفروشد. آیا در این حالت اساساً ضمان ناشی از کالا بر عهده بانک قرار می‌گیرد و وی ریسک معامله را می‌پذیرد یا خیر؟ تأثیر پاسخ به این پرسش در مشروعیت مرابحه چیست؟ علاوه بر این بانک ممکن است جهت خرید کالای مورد تقاضا تأمین اعتباری معین بر طبق کارت اعتباری به انجام برساند تا مشتری آن را در هنگام خرید کالا از فروشنده بکارگیرد. نقش این کارت در مشروعیت چیست؟ و آیا این امر معامله را به حالت صوری تبدیل نمی‌کند و آن را به قرض ربوی شبیه نمی‌سازد؟ در حقیقت، با در نظر گرفتن مراحل کامل انجام مرابحه بانکی بر مبنای کارت اعتباری مرابحه اعمال حقوقی زیر باید صورت پذیرد و مشروعیت آن منوط به مشروعیت تمامی اعمال زیر است:

- ۱- تقاضای خرید از سوی مشتری با تعیین و توصیف دقیق کالا و قیمت و سود کالا و تعهد وی بر خرید کالا به بانک
- ۲- وکالت در خریدی که بانک ناشر کارت اعتباری به موجب قرارداد مرابحه به مشتری برای خرید کالا و خدمات مورد نیاز می‌دهد و مبلغ کالا به فروشنده از محل کارت اعتباری پرداخت می‌شود.
- ۳- فروش کالای خریداری شده از سوی بانک ناشر به مشتری پس از تملک کالا از سوی بانک. ممکن است بانک برای فروش نیز به مشتری وکالت دهد تا کالا را به خود بفروشد.

۱. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، منبع پیشین، ص. ۲۱۶.
۲. همان.

۷-۱. ذکر یا عدم ذکر سود در تقاضای خرید

یکی از عواملی که در مشروعیت مرابحه بانکی مؤثر است، ناظر به بیان یا عدم بیان سود در تقاضای خرید است. در فقه مالکی چنانچه سود در تقاضای خرید ذکر شود، خواه خرید برای تقاضا دهنده کالا الزام آور باشد و خواه الزام آور نباشد، این نوع بیع حرام شمرده می‌شود؛ زیرا ذکر سود قبل از خرید، سود حاصل از معامله و مقصود طرفین را معامله پول به پول تا اجل خاصی قرار می‌دهد و سود ناشی از ربا است. در این دیدگاه تنها به آنچه از ید خارج و بدان داخل می‌شود، توجه شده و وجود کالای واسط نادیده گرفته شده است.^۱ به علاوه این معامله به نحوی است که در آن عملی جایز برای رسیدن به امر غیرجایز صورت می‌پذیرد. به همین جهت و به دلیل وجود تهمت، از باب سد ذرایع ممنوع است.^۲

از طرفی حنفیه و شافعیه و حنابله قایل به جواز شده‌اند. این موضوع به طور صریح در روایات و کتب فقهی شیعه ذکر شده است و حکم به جواز آن داده شده است.^۳ دلیل جواز آن است که اگر خرید غیرملزم باشد و خیار برای تقاضاکننده کالا و فروشنده وجود داشته باشد، معامله از حالت قرض خارج و به بیع و تجارت تبدیل می‌شود. از طرف دیگر بایع آنچه را به مالکیت درآورده، می‌فروشد و ایجاب و قبول بعد از تملک، حقیقی است نه صوری. به علاوه، به دست آوردن سود در این حالت بلامانع است زیرا سود حاصله، ناشی از بر عهده گرفتن ضمان است.

از نظر تحلیل حقوقی نیز این امر با اشکالی مواجه نخواهد بود. همان طور که پیش‌تر اشاره شد، در قرارداد مرابحه بانکی مشتری تعهد خرید کالای مورد تقاضای خود را به بانک می‌دهد، ولی در این میان اجرای قرارداد اصلی با مانعی روبه‌رو است. آن مانع عدم مالکیت کالا از سوی بانک است. به همین دلیل پیمان مقدماتی و پیش‌قراردادی درباره انعقاد قرارداد نهایی بسته می‌شود و بر مبنای آن دو طرف یا یکی از آن دو خود را به بستن پیمان ملزم می‌کند. این قرارداد مقدماتی در مرابحه بانکی در قالب تعهد خرید ظهور و بروز می‌یابد. تقاضای خرید و تعیین قیمت و سود در آن و تعهد خرید، به قبولی بانک خواهد رسید؛ حتی اگر بانک در این خصوص تعهدی نپذیرد و مقصود از آن تنها ایجاد التزام بر انعقاد عقد اصلی است.^۴ در این فرض طرفین مایل نیستند که مفاد

۱. الکلبي الغرناطی، محمد بن احمد بن جزى، القوانین الفقهیه، یک جلد، بی تا، بی جا، ص. ۱۷۱.

۲. همان.

۳. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی، المرجع نفسه، ص. ۲۰۱.

۴. کانونیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا،

تهران، ۱۳۸۵، ص. ۳۷۷.

عقد اصلی در خارج محقق شود بلکه می‌خواهند به آن ملتزم شوند و انشای نهایی عقد مورد نظر را موکول به تراضی دیگری سازند. برای مثال داوطلب خرید زمینی هنوز تمام پول را فراهم نکرده است و مالک نیز می‌باید مقدمات انجام معامله را فراهم آورد. درباره شرایط معامله به توافق رسیده‌اند، لیکن آماده انشای نهایی نیستند. پس خریدار متعهد به خرید زمین به مبلغ معین شده، فروشنده نیز در برابر ملتزم به انتقال می‌گردد.^۱ این تراضی در عرف دادوستد نیز شایع است. همچنان که در قولنامه نیز طرفین در ضمن آن مبادرت به تعیین قیمت مورد معامله می‌نمایند و مفاد تراضی تعهد به خرید و انتقال موضوع معامله است.

۷-۲. الزام آور بودن خرید یا عدم الزام آور بودن آن

عامل دوم در مشروعیت مرابحه بانکی ناظر بر الزام آور بودن تعهد به خرید است. این الزام گاه به معنای لزوم مرابحه است و گاه به معنای تحمل خساراتی است که به سبب نکول مشتری به بانک وارد می‌آید. الزام آور بودن تعهد به خرید از جانب مشتری و قید قیمت و سود در تقاضای خرید سبب این پرسش می‌شود که آیا بیع به مجرد این تعهد مشتری که نوعاً وعده تلقی می‌شود، منعقد می‌گردد یا بعد از خرید کالا از جانب بانک و تحت مالکیت قرارداد آن، این امر انجام می‌پذیرد؟^۲ در این مورد باید بین دو حالت زیر تفکیک نمود:^۳

الف: اگر بگوییم که بیع به مجرد وعده و قبل از خرید کالا منعقد می‌گردد، معامله باطل است. زیرا اگر مبیع معین باشد، از شروط آن این است که مبیع در مالکیت بایع باشد و یا مأذون از جانب مالک باشد.^۴ حسب ماده ۳۶۱ قانون مدنی: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است». چه اینکه این امر مردد بین حصول و عدم می‌گردد. از طرف دیگر امکان تسلیم آن وجود ندارد و غرر در آن جریان می‌یابد که از آن نهی شده است.^۵ اما اگر مبیع کلی باشد، در این صورت بیع دین به دین خواهد بود. زیرا مبیع موصوف در ذمه به مالکیت بانک درنیامده و ثمن دین که بر عهده مشتری است، به او تسلیم نشده است تا تبدیل به سلم گردد.

۱. همان.

۲. الدبیان، دبیان محمد، الإلزام بالواعد فی صیغ المرابحه للأمر بالشراء، منبع پیشین.

۳. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، جلد سوم، چاپ اول، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق، صص. ۴۴۹-۴۴۷.

۴. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، منبع پیشین، ص. ۲۴۳.

۵. همان، ص. ۱۶.

اگر ما بیع را قبل از تملک کالا صحیح بدانیم، در نهی «ربح ما لا یضمن» قرار می‌گیریم،^۱ در حالی که استحقاق سود برای کسی است که ضمان کالا در تلف را بر عهده گیرد.

ب: اگر بیع بعد از خرید کالا صورت پذیرد، اما با وعده ملزم متقدم بر تملک کالا، این بیع نیز صحیح نیست؛ زیرا اگر وعده ملزم بین طرفین باشد، سبب می‌شود که وعده تبدیل به عقد گردد، در حالی که الزام از بارزترین خصایص عقد است و وعده اعتبار عقد را ندارد.^۲ پس اگر ما مشتری را به وعده و به سود سابق ملزم نماییم، بیع با این وعده منعقد می‌گردد و هیچ اختیاری برای طرفین برای احداث ایجاب جدید نیست و حتی اگر ایجاب و قبول بین طرفین ایجاد گردد، بعد از تملک کالا است که احتیاجی بدان نیست، فلذا ایجاب و قبول صوری است،^۳ زیرا اعتبار عقود بر مقاصد و معانی است نه الفاظ و مبانی.^۴ بنابراین، اگر ما مشتری را به انجام بیع الزام نماییم، اکراه صورت گرفته که سبب بطلان مرابحه می‌گردد، زیرا مرابحه جز با رضا و طیب نفس از جانب متعاقدين واقع نمی‌گردد.^۵

در انتقاد از نظرات فوق گفته شده است:

۱- مرابحه به مجرد وعده لازم است، با این تعلیل که اصل در معاملات صحت و اباحه است، پس هیچ چیزی باطل نمی‌گردد مگر آن که دلیل صحیح و صریح بر آن وجود داشته باشد.

۲- در اصل و به طور پایه‌ای شارع از معاملاتی که مبنی بر ظلم و احتکار و غش یا در صورتی که مُعد نزع و عداوت در بین مردم باشد، در قالب تحریم ربا و تحریم غَرَر منع نموده است. لکن در الزام به تعهد به خرید مصلحتی خاص برای متعاملین از جهت اطمینان به اتمام عقد و مصلحت عامی از جهت استقرار معاملات و تقلیل نزع وجود دارد.^۶

۳- دلیل دیگر آن است که قواعد شرعیه برای منع اضرار به غیر بیان گردیده و در نظریه مربوط به عدم الزام‌آور بودن تعهد به خرید، ضرر برای بانک متصور

۱. الشافعی، أبو عبد الله محمد بن إدريس، منبع پیشین، ص. ۳۹.

۲. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، منبع پیشین، ص. ۴۴۹.

۳. همان.

۴. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، منبع پیشین، ص. ۲۸.

۵. المصری، رفیق، المصارف الاسلامیه، دراسه الشرعیه لعددمنها، مرکز النشر العلمی، جامعہ الملک عبدالعزیز، جدہ، ۱۹۹۵ م، ص. ۳۰.

۶. الدبیان، دبیان محمد، منبع پیشین. محمد الحطاب، کمال توفیق، منبع پیشین، ص. ۲۴۴.

است.^۱ زیرا ممکن است بانک نتواند کالای خریداری شده را نه تنها به مشتری، بلکه به شخص دیگری بفروشد، بنابراین اگر مشتری از اجرای وعده خودداری نماید و بانک کالا را به شخص دیگری بفروشد و از این راه به وی خسارتی وارد آید، بر مشتری لازم است که خسارت فروشنده را بر مبنای عمل به قاعده فقهی لا ضرر جبران نماید.^۲

این نظرات نیز مصون از ایراد و اعتراض باقی نمانده و در مقام رد آن گفته شده است:

۱- در دلیل مربوط به اباحه گفته شده است که در معاملات اصل بر صحت و اباحه است، در حالی که این امر با معنایی که در استدلال فوق از آن اخذ شد، صحیح نیست. چرا که مفهوم استدلال فوق جز این نخواهد بود که هر عقدی بر او اثری مترتب می‌شود، هر چند بالخصوص در جواز آن و ترتب آثار بر آن از شارع حکمی نرسیده باشد. در حالیکه صحت از احکام شرعیه است و باید از شارع برسد. پس به مجرد جعل هر کسی حکم شرعی حاصل نخواهد شد.^۳

۲- دلیل دیگر مبنی بر وجود مصلحتی خاص برای متعاملین از جهت اطمینان به اتمام عقد و مصلحت عامی از جهت استقرار معاملات و تقلیل نزاع، کافی نیست. زیرا مصلحت مزبور از نظر شارع ملغی است و آن نهی از بیع چیزی است که انسان مالک آن نیست و نهی از سودی است که ضمانش را برعهده نگرفته است.^۴

۳- در مورد دلیل دیگر مبنی بر اینکه قواعد شرعیه برای منع اضرار به غیر بیان گردیده نیز چنین پاسخ داده می‌شود: اگر بانک کالا را برای مشتری خریده است، وی وکیل محض است و آن نفعی که می‌برد، ناشی از قرض است که این امر صریحاً ربا است، زیرا اگر خریدی که در جهت تملک کالای مورد تقاضا صورت می‌پذیرد، برای فروشنده تمام شود نه برای مشتری، لازم نیست که مشتری خسارتی را که از این رهگذر وارد می‌آید، جبران نماید. زیرا جبران خسارت باید نسبت به ضرر حقیقی باشد نه آنچه عادتاً در تجارت تجار جریان دارد، پس صرف نکول مشتری از خرید، ضرر محسوب نمی‌شود تا بانک را

۱. محمد الحطاب، کمال توفیق، منبع پیشین.

۲. الدبیان، دبیان محمد، منبع پیشین.

۳. گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن (میرزای قمی)، جامع الشتات فی أجوبه السؤالات، جلد دوم، چاپ اول،

مؤسسه کیهان، تهران، ۱۴۱۳ ق، ص. ۴۱.

۴. الدبیان، دبیان محمد، منبع پیشین.

مستحق مطالبه قرار دهد. برای آن که طبیعت تجارت مبتنی بر مواجهه با سود و خسارت است. وقتی که بانک کالا را بعد از نکول مشتری به شخص دیگری می‌فروشد، در آن سود می‌برد و سود به طور کامل متعلق بانک است، در مقابل اگر خسارتی باشد، بر عهده بانک است. مضافاً این امر با عدالت ناسازگار است که اگر بانک به زیاده بفروشد، تماماً از آن بانک باشد، اما اگر خسارت دید، به مشتری رجوع نماید. به علاوه اگر بانک شرط نماید که جبران خسارت کند چنین شرطی به لحاظ برخورد با مقتضای عقد باطل است زیرا طبیعت تجارت اقتضا می‌کند که شخص برای کالا متحمل غرامت گردد. درمقابل، اگر سودی حاصل گردد، برای او خواهد بود.^۱

از نظر تحلیل حقوقی نگارنده معتقد است که تحلیل حقوقی تراضی بین بانک و مشتری نیازمند به تجزیه تراضی است. زیرا قرارداد مرابحه بانکی یک عمل حقوقی واحد نیست که دارای استقلال باشد، بلکه متشکل از چند عمل حقوقی است. آنچه پیش از تملک کالا بین بانک و مشتری انجام می‌گیرد، تعهد به خرید است که از سوی مشتری اعلام می‌شود و مورد پذیرش بانک قرار می‌گیرد. مُفاد تراضی طرفین وقوع مرابحه در خارج نیست، بلکه مورد قرارداد تعهد به خرید از بانک است. بنابراین، بانک و مشتری چند عقد جداگانه بسته‌اند که هر کدام تابع قواعد عمومی قراردادها است، با این تفاوت که قرارداد نخست مقدمه عقد نهایی و برای تمهید وسایل آن است. این وعده بستن قرارداد هر چند از ناحیه یکی از دو طرف عقد باشد، خود نوعی قرارداد است و آثار آن و التزام به وعده پس از قبول بانک به وجود می‌آید. نباید چنین پنداشت که اگرچه قصد یک طرف منشا تعهد می‌شود، هر تعهد یک‌طرفی مجانی است و تعهد مجانی به ملاک نصوصی که دلالت بر جواز عقود مجانی (مانند هبه و عاریه) دارند، جایز است.^۲ زیرا این وعده قرارداد بی‌گمان الزام‌آور است و نیروی خود را از توافق و پیمان دو طرف می‌گیرد.^۳ ماده ۱۰ قانون مدنی نیز تأیید دیگری بر لزوم این تعهد بین بانک و مشتری است. به موجب این ماده: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». پس اگر از اجرای تعهد امتناع به عمل آید، بانک می‌تواند اجبار مشتری را از دادگاه بخواهد. این ایراد که

۱. همان.

۲. برای دیدن مبانی این نظر رجوع کنید به: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ سوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۲، ص. ۱۲۱.

۳. رجوع کنید به: کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، منبع پیشین، صص. ۳۸۱-۳۸۰.

الزام مشتری به انعقاد مرابحه سبب بطلان آن خواهد بود، به جهت آن که تراضی به اکراه صورت گرفته است و در آن رضای باطنی وجود ندارد، مردود است. زیرا این اقدام در جهت اجرای تعهدی است که سبب آن با تراضی و توافق طرفین صورت پذیرفته است و این توافق مبنای الزام است. طرفین در زمان انعقاد قرارداد مربوط به تعهد به خرید دارای اراده آزاد بوده‌اند و هیچ اکراهی در این مرحله صورت نگرفته است. در قانون مدنی ملاک مواد مربوط به شرط فعل نیز می‌تواند تأییدی دیگر بر نظر اخیر باشد. حسب ماده ۲۳۷ قانون مدنی: «هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است، باید آن را به‌جا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید». همان‌طور که می‌دانیم، شرط فعل ممکن است به صورت شرط فعل منفی یا مثبت و یا شرط فعل حقوقی مثبت و یا منفی باشد. تعهد مشتری به خرید قابل مقایسه با شرط فعل حقوقی مثبت است. اگر پذیرفته شود که در شرط فعل حقوقی مثبت امکان اجبار از سوی حاکم وجود داشته باشد، منعی در پذیرش آن در تعهد مشتری به خرید وجود نخواهد داشت. از سوی دیگر باید توجه داشت که نوع اقدام حاکم در اجبار از باب قاعده «الحاکم ولی الممتنع» است و این امر مورد تجویز قانونگذار قرار گرفته است. از طرف دیگر یک دسته نصوص خاص در قوانین موضوعه فعلی هست که از طریق «تنقیح مناط قطعی» می‌توان آن را در موارد مشابه سرایت داد. مانند ماده ۲۴۸ قانون امور حسبی راجع به قبول ترکه از طرف ورثه و ماده ۲۹۰ قانون مدنی راجع به ابراء. در هر یک از این دو مورد تعهد یک‌طرفی لازم حاصل می‌آید و خصوصیتی در مورد این دو ماده وجود ندارد که مانع تعمیم آن به موارد مشابه باشد. ملاک لزوم در این دو مورد مصالح نوعی موجود در آنها است. لذا به همین قیاس، در موارد مشابه نیز می‌توان تعهد یک‌طرفی لازم را پذیرفت.^۱

۷-۳. وضعیت حقوقی وکالت بانک به مشتری و کارت اعتباری

در ماده ۱۹ دستورالعمل آمده است که: «مؤسسه اعتباری می‌تواند در قرارداد مرابحه به متقاضی جهت انتخاب، خرید و تحویل اموال و دریافت خدمات وکالت دهد». این امر در ماده ۵ فرم یکنواخت قرارداد بانک مرکزی نیز قید شده است. به این عبارت که: «بانک/مؤسسه اعتباری موافقت نمود/موافقت ننمود که حق انتخاب، خرید و تحویل اموال/خدمات موضوع این قرارداد را به متقاضی واگذار نماید». این امر به سبب قرارداد

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تاثیر اراده در حقوق مدنی، منبع پیشین، صص. ۱۳۴-۱۳۳.

صدور کارت اعتباری نیز صورت می‌پذیرد و دارنده کارت وکیل بانک در خرید کالاها و خدمات می‌شود.

حسب ماده ۶۵۶ قانون مدنی وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود قرار می‌دهد. بنابراین، اثر عقد وکالت اعطای نیابت است. بدین معنا که موکل اقدام وکیل را در مورد انجام عمل حقوقی به منزله عمل خود می‌داند و به او اختیار می‌دهد که به نام و حساب موکل تصرفاتی انجام دهد. بنابراین، اگر وکیل تعهداتی را بپذیرد، آن تعهدات برای موکل است و اگر نفعی حاصل آید، برای موکل خواهد بود.

برخی در مورد خرید و فروش وکالتی گفته‌اند که برای درستی خریدها، دارنده کارت باید قصد خرید وکالتی کند در حالی که در موارد فراوانی دارنده کارت غافل از خرید وکالتی است و به نیت خودش خرید می‌کند. همان‌طور که در مواردی دارنده کارت، کارت را به دیگران (مانند همسر و فرزند) وامی‌گذارد و آنان اطلاعی از قرارداد وکالت ندارند. در پاسخ به این ایراد گفته‌اند که در تحقق قصد خرید وکالتی توجه ارتکازی کفایت می‌کند. به این معنا که اگر توجه کند، بفهمد که چه کاری انجام می‌دهد و در خرید با کارت اعتباری چنین ارتکازی وجود دارد. چون دارنده کارت می‌داند خودش پولی ندارد و با پول بانک خریداری می‌کند. در مواردی هم که کارت را در اختیار دیگری می‌گذارد، دیگران وسیله و ابزار وی برای خرید وکالتی هستند یا با واگذاری، دیگران را وکیل و جانشین خود در انجام معامله وکالتی می‌کند. بر فرض که به دلیل نبودن قصد وکالت در خرید، خرید وکالتی باطل باشد، معامله تبدیل به بیع فضولی خواهد شد که پیشاپیش طرفین قرارداد رضایت خودشان را اعلام کرده‌اند.^۱ لکن این تحلیل نه تنها برای اقدامات مشتری قبل از خرید کالا و به ملکیت بانک درآمدن آن موجه نیست بلکه برای وکالت بعد از خرید، و فروش آن به خود قابل پذیرش نخواهد بود.

در فرضی که بانک به مشتری برای خرید کالایی مشخص با قیمت معین از جانب بانک و سپس فروش آن به خود وکالت می‌دهد، دو عمل که به طور هم زمان صورت می‌پذیرد، مفاد وکالت مشتری را تشکیل می‌دهد: اول خرید به نام و حساب بانک، دوم فروش کالا به وکالت از بانک به خود. این دو عمل در دو زمان متفاوت به وقوع نمی‌پیوندد بلکه در زمان واحد صورت خواهد پذیرفت. مضافاً همان‌طور که سابقاً بیان شد، در تقاضای خرید، کالای مورد تقاضا مورد توصیف قرار می‌گیرد و این امر در

۱. موسویان، عباس، منبع پیشین، صص. ۴۹-۵۰.

قرارداد منعقد فی مابین بانک و مشتری به طور کامل ذکر می‌گردد. به جهت آن که حسب ماده ۲ قرارداد یکنواخت ارائه شده از سوی بانک مرکزی آمده است: «موضوع قرارداد عبارت است از فروش اموال / ارائه‌ی خدمات به متقاضی با مشخصات زیر: ... متقاضی از کمیت، کیفیت و اوصاف مورد معامله مطلع بوده ...» حال اگر مشتری و یا بستگان وی با استفاده از کارت اعتباری مبادرت به خرید کالایی نمایند که اساساً منطبق با کالای مندرج در قرارداد مرابحه نباشد، اگرچه معامله واقعه به جهت نبودن قصد وکالتی ممکن است فضولی بوده، منجر به تنفیذ گردد. لکن این امر به منزله اجرای قرارداد مرابحه نخواهد بود. چون موضوع قرارداد فضولی غیر از موضوع قرارداد مرابحه است. به عبارتی روشن‌تر، کالای خریداری شده کالای موصوف در قرارداد مرابحه نیست. این مشکل از وکالتی که بانک به مشتری می‌دهد، حاصل می‌گردد. در حقیقت، بانک به موجب قرارداد مرابحه، مکلف به خرید کالا و سپس فروش آن به مشتری است. لکن بانک تکلیف خود به خرید را به التزامی برای مشتری در قالب عقد وکالت تبدیل می‌نماید و سبب می‌گردد که مسئولیت ناشی از عدم تطبیق کالای خریداری شده با کالای توصیف شده در قرارداد مرابحه بر عهده مشتری قرار گیرد و از این امر سلب مسئولیت می‌نماید. این امر اجرای قرارداد مرابحه را در اختیار کامل مشتری قرار می‌دهد و بانک نیز این اقدام مشتری را مورد بازرسی قرار نمی‌دهد.^۱

خرید از طریق کارت اعتباری در صورتی که در غیر کالای موضوع قرارداد مرابحه به کار گرفته شود، اجرای قرارداد اصلی مرابحه را به طور کامل ممتنع می‌سازد، زیرا بانک جهت خرید کالا، مبلغ معینی را در قالب کارت اعتباری در اختیار مشتری قرار داده است. در این وضعیت مشتری ممکن است به جهت عدم رعایت مصلحت و تعدی و تفریط در انجام مورد وکالت مسئول واقع گردد. لکن علت مدیون بودن وی بابت اصل مبلغ کارت اعتباری و سود آن که در حقیقت قیمت کالا است، چیست؟

اگر بر طبق قرارداد مرابحه بخواهیم زمان شروع تعهدات مشتری را به پرداخت قیمت معامله در نظر بگیریم، باید زمان انجام وکالت مبنی بر فروش کالا به مشتری مبدا آن در نظر گرفته شود؛ چون قبل از آن اساساً عقدی مبنی بر تملیک کالا از جانب بانک به مشتری منعقد نشده است تا از اجرای تعهدات ناشی از آن سخن به میان آید. لکن حسب ماده ۳ از قرارداد یکنواخت بانک مرکزی: «کل بهای فروش مورد معامله ... تعیین گردید که ... متقاضی ضمن قبول موارد فوق متعهد شد مابقی به مبلغ ... را به صورت نقدی / نسبیه دفعی / نسبیه اقساطی مساوی / نسبیه اقساطی غیر مساوی در

۱. حتی در برخی موارد مشتری کارت اعتباری را در دستگاه pos مغازه قرار داده سپس مبادرت به اخذ وجه از صاحب مغازه می‌نماید بدون آنکه کالایی خریداری بنماید.

سررسید/های معینی به شرح ذیل به بانک/مؤسسه اعتباری پرداخت نماید». این ماده تاریخ شروع پرداخت قیمت واگذاری را از زمان انعقاد قرارداد مباحه قرار داده است در حالی که اساساً در این زمان بحث تملیک کالا از جانب بانک به مشتری مطرح نمی‌شود. زیرا تملیک بانک به مشتری دارای مقدمه‌ای است که همان خرید کالا از فروشنده است که ممکن است مدتی بین آن فاصله ایجاد شود. این امر سبب می‌شود که اثر عقد مربوط به تعهد مشتری به پرداخت قیمت پیش از وقوع عقد ایجاد گردد در حالی که اثر دیگر عقد که مبنی بر تملیک کالا از جانب بانک است، مؤخر بر آن در زمان دیگری به وقوع بپیوندد. این ایرادات سبب می‌شود که ماهیت قرارداد مباحه بانکی صرفاً اخذ وام با بهره گردد.

از طرف دیگر در زمانی که مشتری کالای موصوف در قرارداد مباحه را از فروشنده در مغازه وی خریداری می‌نماید، عمل وکالت خرید به نام بانک را به انجام می‌رساند و کالا در ملکیت بانک مستقر می‌گردد. در این مرحله نیز اگر عقد تابع قصد واقعی طرفین باشد آنچه را واقع شده است، نباید وکالت نامید. زیرا این حق که کسی بدون امکان بازرسی یا رجوع مالک بتواند مالی را به هر قیمت که می‌خواهد، به خود منتقل سازد اختیاری بیش از نیابت است و باید آن را حق تملک (ملک ان یملک) نامید نه اذن در فروش. در زمانی هم که وکیل آن را به خود منتقل می‌سازد، در حقیقت، از آن حق تملک سود می‌برد و با اجرای آن مالک می‌شود و قصد انجام کاری به نمایندگی ندارد. آنچه در مرحله نخست رخ داد، بیع هم نیست و عده بیع است. پیش قراردادی است که به موجب آن از سوی بانک ایجاب تمام است و تنها عاملی که برای تحقق تملیک بدان نیاز است، انتخاب مشتری و تصمیم او بر قبول این حق است. به همین جهت پیش از اجرای نیابت صوری وکیل را نباید مالک مال یا صاحب حق عینی بر آن پنداشت. وجود چنین حقی را طرفین اراده نکرده‌اند و خواسته‌اند تملیک با قرارداد دوم (فروش به نیابت) محقق شود. بنابراین، تا زمانی که بیع انجام نشده است، وکیل مالک آن نیست. از طرف دیگر در این قرارداد شرط می‌شود که مبلغ معینی به بانک بابت بهای کالا پرداخت گردد و این شرط مخالف مقتضای ذات وکالت است. چون وکالت نوعی نیابت است و مقتضای نمایندگی این است که اثر بیع برای بانک باشد، در حالی که تعهد وکیل (مشتری) به پرداختن مبلغی معین به بانک بدین معنی است که اثر بیع عاید وکیل شود. پس از جمع بین شرط و عقد می‌توان اراده طرفین را چنین تحلیل کرد که خواسته‌اند مورد وکالت در برابر مبلغ معین به وکیل تملیک شود و او آن را به هر میزان که لازم می‌داند، برای خود بفروشد.^۱

۱. رجوع کنید به: کاتوزیان، ناصر، عقود معین (عقود اذنی و وثیقه‌های دین)، جلد چهارم، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا تهران، ۱۳۸۰، صص. ۱۱۸-۱۱۷.

نتیجه‌گیری

یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که در ساختار بانکی ایران مرابحه به این صورت منعقد می‌گردد که بانک پس از دریافت سفارش یا تقاضای خرید یک کالای مشخص از سوی خریدار، برای انجام سفارش وی، کالای مزبور را از فروشنده خریداری می‌نماید و با دریافت سود مشخصی به مشتری می‌فروشد. در انجام فرآیند مربوط به خرید کالا و فروش آن بر مبنای مرابحه ممکن است که بانک مشتری را وکیل خود قرار دهد. یکی از اشکال مرابحه بانکی مرابحه از طریق کارت اعتباری است. شیوه عملی انعقاد قرارداد مرابحه از طریق کارت اعتباری بدین نحو است که بانک بر مبنای وکالتی که به مشتری برای خرید کالای مورد نیاز وی داده است کالا را از پذیرنده کارت خریداری می‌کند و پس از پرداخت قیمت کالا از طریق کارت اعتباری، قرارداد مرابحه بین بانک و مشتری منعقد می‌گردد. بنابر این، قرارداد مرابحه بانکی تلفیقی از چند قرارداد مجزا از هم است. صحت قرارداد مرابحه بانکی منوط به صحت تمامی قراردادهای مذکور است. تحلیل‌های صورت گرفته نشان می‌دهد که تقاضای خرید مشتری و تعهد وی به خرید از بانک اگر چه در قالب تعهد یک‌طرفی است، لکن به جهت اینکه مورد قبول بانک قرار می‌گیرد، سبب ایجاد قراردادی الزام‌آور بین طرفین می‌گردد. این قرارداد الزام‌آور به منزله وقوع قرارداد نهایی مرابحه بین طرفین نیست بلکه طرفین تمهیدی اندیشیده تا با جمع آمدن شرایط، قرارداد اصلی را با ایجاب و قبول دیگری منعقد سازند. لکن شرط مربوط به پرداخت قیمت کالای موضوع قرارداد مرابحه پیش از آن که کالا تحت مالکیت بانک قرارگیرد، سبب می‌شود که آثار عقد مرابحه نسبت به مشتری پیش از وقوع آن جریان یابد و این امر سبب می‌گردد که مشروعیت آن با مانع روبه‌رو شود. اعطای وکالت بانک به خرید کالا با عنایت به این که بانک هیچ گونه بازرسی نسبت به اقدامات مشتری ندارد، سرنوشت قرارداد مرابحه را به طور کامل در اختیار مشتری قرار می‌دهد و در فرضی که مشتری کالایی غیر از کالای موضوع مرابحه را خریداری نماید، اجرای قرارداد مرابحه ممتنع است. این امر از جانب بانک بدان جهت صورت می‌پذیرد که بانک تعهد خود مبنی بر خرید کالا مطابق با اوصاف مندرج در قرارداد مرابحه را به موجب وکالت اعطایی به مشتری منتقل می‌نماید و نوعاً سبب صوری شدن قرارداد مرابحه می‌شود. از طرف دیگر اثر عقد، مربوط به تعهد مشتری به پرداخت قیمت پیش از وقوع عقد ایجاد می‌گردد در حالی که اثر دیگر عقد که مبنی بر تملیک کالا از جانب بانک است، مؤخر

بر آن در زمان دیگری به وقوع می‌پیوندد. وکالت برای فروش کالا به مشتری نیز با توجه به آنچه مقصود طرفین است، در حقیقت، بدان معنا است که مورد وکالت در برابر مبلغ معین به وکیل تملیک شود.

منابع

- ابن قدامه، ابومحمد موفق الدين عبدالله بن احمد بن محمد، المغنى، جلد چهارم، دارالكتاب العربى، بيروت، ۱۹۷۲م.
- ابن نجيم، زين الدين، بحرالرائق فى شرح كنزالدقائق، جلد ششم، دارالمعرفه، بيروت، بى تا.
- اسدى حلى، حسن بن يوسف بن مطهر، تذكره الفقهاء، جلدهاى دهم، يازدهم و شانزدهم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۱۴ ق.
- _____، نهايه الإحكام فى معرفه الأحكام، جلد دوم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۱۹ ق.
- اصفهانی، محمد باقر بن محمد تقى، مراه العقول فى شرح اخبار آل الرسول، جلد نوزدهم، چاپ دوم، دارالكتب الاسلاميه، ۱۴۰۴ ق.
- _____، ملاذ الأخيار فى فهم تهذيب الأخبار، جلد دهم، چاپ اول، انتشارات كتابخانه آية الله مرعى نجفى (ره)، قم، ۱۴۰۶ ق.
- اصفهانی، محمد تقى، روضه المتقين فى شرح من لا يحضره الفقيه، جلد هفتم، چاپ دوم، مؤسسه فرهنگى اسلامى كوشانپور، قم، ۱۴۰۶ ق.
- الاندلسى القرطبى، ابومحمد، على بن احمد بن سعيد بن حزم، المحلى، جلد نهم، تحقيق لجنة احياء التراث، دارالافاق الجديده، بيروت، بى تا.
- انصارى دزفولى، مرتضى بن محمد أمين، كتاب المكاسب (المحشى)، جلد ششم، چاپ سوم، مؤسسه مطبوعاتی دار الكتاب، قم، ۱۴۱۰ ق.
- _____، كتاب المكاسب، جلدهاى سوم و ششم، چاپ اول، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، قم، ۱۴۱۵ ق.
- البيهقى، ابى بكر احمد بن الحسين بن على، السنن الكبرى، الجزء ۵، بى تا.
- جعفرى لنگرودى، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنى، چاپ سوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۲.
- _____، وسيط در ترمينولوژى حقوق، چاپ سوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۹.
- جمعى از نويسندگان پژوهشكده پولى و بانكى، عقد مباحه، چاپ اول، بانك مركزى جمهورى اسلامى ايران، تهران، ۱۳۸۴.

- الجندی، محمد، عقد المراجعة بين الفقه الاسلامی و التعامل المصرفي، دارالنهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- حسینی حلی، ابن زهره، حمزه بن علی، غنيه النزوع الى علمي الاصول والفروع، چاپ اول، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ١٤١٧ ق.
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرمه فی شرح قواعد العلامه، جلد سیزدهم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ١٤١٩ ق.
- الحطاب، محمد کمال توفیق، القبض و الالتزام بالوعد فی عقد المراجعة للامر بالشرا فی الفقه الاسلامی، المجلد الخامس عشر، العدد الاول، موته للبحوث و الدراسات، جامعه اليرموک، اربد، ٢٠٠٠ م.
- حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، جلد دوم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ١٤١٠ ق.
- حمود، سامی، تطوير الاعمال المصرفيه بما يتفق و الشريعة الاسلاميه، دارالاتحاد العربي للطباعة، عمان، ١٩٧٦.
- الدمشقی حنفی، محمد امين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين (ابن عابدين)، ردالمحتار علی الدر المختار، جلد پنجم، الطبعة الثانية، دارالفکر، بيروت ١٤١٢ ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر، مصادر الفقه الإسلامی و منابعه، چاپ اول، دار الأضواء، بيروت، لبنان، ١٤١٩ ق.
- سیوری حلی، مقداد بن عبدالله، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی (ره)، قم، ١٤٠٤ ق.
- الشافعی، ابو عبدالله محمد ابن ادريس، الام، دارالمعرفة، جزء سوم، بيروت، ١٤١٠ ق.
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الاماميه، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، المكتب المرتضويه لاحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ ق.
- _____، النهايه فی مجرد الفقه و الفتاوى، چاپ دوم، دارالکتاب العربي، بيروت، ١٤٠٠ ق.
- _____، تهذيب الأحكام، جلد هفتم، چاپ چهارم، دار الکتب الإسلاميه، تهران، ١٤٠٧ ق.
- عاملی، زين الدين بن علی (شهيد ثاني)، مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام، جلد سوم، چاپ اول، مؤسسه المعارف الاسلاميه، قم، ١٤١٣ ق.
- عاملی، محمد بن مکی (شهيد اول)، الدروس الشريعه فی فقه الاماميه، جلد سوم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ١٤١٧ ق.

- عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد چهارم، چاپ دوم، مؤسسه آل البيت (علیه السلام)، قم، ۱۴۱۴ ق.
- عبدالرحمان، محمود، معجم المصطلحات و الفاظ الفقہیہ، جلد دوم، بی جا، بی تا.
- غروی نائینی، میرزا محمد حسین، منیه الطالب فی حاشیہ المکاسب، جلد اول، چاپ اول، المکتبه المحمدیہ، تهران، ۱۳۷۳ ق.
- القرطبی، أبو الولید محمد بن أحمد بن رشد، المقدمات الممهدات، الجزء الثانی، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامی، ۱۴۰۸ ق.
- _____، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، جلد دوم، دارالفکر، بی تا.
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین (عقود اذنی و وثیقہ‌های دین)، جلد چهارم، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا تهران، ۱۳۸۰.
- _____، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، ۱۳۸۵.
- الکاسانی، ابوبکر بن مسعود بن احمد، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، دارالکتاب العربی، بیروت، جلد پنجم، ۱۹۸۲ م.
- کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریرالمجله، الجزء الاول الطبعة الاولى، الجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه، ۱۴۲۲ ق.
- الکلبی الغرناطی، محمد بن احمد بن جزی، القوانین الفقہیہ، یک جلد، بی تا، بی جا.
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی، جلد پنجم، چاپ چهارم، دار الکتب الإسلامیة، تهران، ۱۴۰۷ ق.
- گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن (میرزای قمی)، جامع الشتات فی أجوبه السؤالات، جلد دوم، چاپ اول، مؤسسه کیهان، تهران، ۱۴۱۳ ق.
- المصری، رفیق، المصارف الاسلامیه، دراسه الشرعیه لعددمنها، مرکز النشر العلمی، جامعه الملك عبدالعزيز، جدہ، ۱۹۹۵ م.
- مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، جلد چهارم، چاپ اول، مرکز الكتاب للترجمة و النشر، تهران، ۱۴۰۲ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة - کتاب البیع، چاپ اول، مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، قم، ۱۴۲۵ ق.

- موسویان، عباس، «امکان سنجی کاربرد مرابحه در بانکداری بدون ربا»، فصلنامه روند پژوهش‌های اقتصادی، سال نوزدهم، شماره ۵۹، پاییز ۱۳۹۰.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد بیستم، چاپ هفتم، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ ق.
- نجفی، حسن بن جعفر بن خضر (کاشف الغطاء)، انوار الفقاهه (کتاب البیع)، جلد اول، چاپ اول، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف، ۱۴۲۲ ق.

- Abdullah bin Aqeel, Abdul – Rahman, Shariah Precautionary Procedures in Murabaha and Istisna (a practical perspective), Islamic Finance into 21 th Century, Harvard University, 1999.
- Hegazy, Walid, Islamic Finance in Malaysia, A Tax Perspective, Islamic Finance in 21st Century, Harvard University, 1999.
- Kahf, Monzer, Islamic Banks: The Rise of a New Power Alliance of Wealth and Sharia Scholarship, The Politics of Islamic Finance, Clement M.henry and Rodney Wilson (eds), Edinburgh Uuniversity Press, 2004.
- Mersadi Tabari, Nima, Islamic Finance and Modern World, The Legal Principle Governing Islamic Finance in International Trade, The University of East Anglia, 2010.
- Nyazee, Imran Ahsan Khan, Murabahah and Credit Sale, the Federal Law House, Pakistan, 2009.
- Salih-Mahmoud, Mahmoud, The Concept of Murabaha in a Modern Islamic Context, The International Studies Unit University of Salford, 1990.
- Usmani, Taqi, Murabahah, an online publication by (<http://accountancy.com.pk>), 2000.