

تحلیل انتقادی تعریف عقد مرابحه در حقوق بانکی ایران

مهدی جوهری^۱

میلاذ سلطانی^۲

چکیده:

حقوق بانکی کشور بعد از انقلاب اسلامی دستخوش تغییرات بنیادین شد و تطابق امور قانونی با فقه و شرع مبین در اولویت قرار گرفت. برای حذف بهره ثابت از نظام بانکی که ربا نامیده می‌شد بانک‌ها مطابق قانون عملیات بانکی بدون ربا مکلف شدند تا از عقودی که مورد تایید شرع اسلام و فقه امامیه است استفاده کنند. به همین خاطر، در ماده ۹۸ قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ قرارداد مرابحه به قراردادهای بانکی ملحق شد و آیین‌نامه اجرایی و دستورالعمل اجرایی آن توسط هیئت وزیران مورد تصویب قرار گرفت. مرابحه از اقسام بیع است و قراردادی است لازم، مغایبه-ای، معوض و تملیکی که باعث انتقال مال می‌شود و طی آن بانک به عنوان عرضه‌کننده مبادرت به خرید مال مورد نیاز متقاضی می‌کند و سپس با اعلام بهای تمام شده که شامل قیمت مال و هزینه‌های جانبی دیگر نظیر حمل و نقل و بیمه است و ضمن تعیین سود مورد نظر خود بر اساس بهای تمام شده مبادرت به انعقاد قرارداد با متقاضی و انتقال مال به وی می‌کند. در این مقاله تعریف مرابحه در آیین‌نامه اجرایی مورد تحلیل قرار می‌گیرد و ضمن مقایسه با تعاریف موجود در فقه امامیه و دکترین حقوقی ایران ایرادات وارده بر آن مورد بحث قرار می‌گیرد.

کلیدواژه: بیع، مرابحه، بانک، حقیقت عرفیه، اصالت عمل.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه

به دنبال پیروزی انقلاب اسلامی و برقراری نظام جمهوری اسلامی، لزوم استقرار اقتصاد اسلامی به عنوان یکی از ضرورت‌های اساسی کشور مطرح شد. مهمترین اقدام عملی در این جهت می‌توانست ریشه کن کردن ربا از سیستم بانکی کشور باشد تا بدین‌وسیله بنیان یک اقتصاد توحیدی مبتنی بر قسط و عدل گذاشته شود. به همین منظور پس از انقلاب اقداماتی در جهت اسلامی کردن نظام بانکی به عمل آمد، که این اقدامات را می‌توان در کوشش‌های اولیه برای حذف بهره در سیستم بانکی و تأسیس بانک اسلامی و توسعه صندوق‌های قرض‌الحسنه خلاصه کرد که در نهایت با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا نقش عینی به خود گرفت، گرچه با تصویب این قانون گفت و گو درباره نیل به اهداف بسیار است.

در نظام بانکداری عرفی که در کشورهای سرمایه داری اجرا می‌شود، فلسفه وجودی بانک واسطه‌گری در اعطای تسهیلات است و بانک فقط نقش واسطه دارد و پول و تسهیلات را از سپرده‌گذاران اخذ می‌کند و به اشخاصی که نیاز به تسهیلات دارند وام می‌دهد. به عبارتی پایه و اساس این نظام بانکی عقد قرض است.^۱ در این سیستم، اصل سرمایه‌های مردم حفظ و تضمین شده و بانک‌ها با تحصیل بهره ثابت و قطعی که نرخ آن در بازارهای مالی و از برآیند عرضه و تقاضای وجوه به دست می‌آید، فعالیت می‌کنند. بدین ترتیب، بانک‌ها به عنوان واسطه‌های مالی سپرده پذیر با تعهد پرداخت بهره، انگیزه لازم را برای صاحبان وجوه ایجاد می‌کنند و از طرف دیگر به هدف دریافت بهره وجوه خود را وام داده یا در اوراق قرضه سرمایه‌گذاری می‌کنند. لذا اگر بهره حذف شود عملکرد بانک‌ها و به طور کلی واسطه‌های مالی در نظام سرمایه داری مختل می‌شود و به عبارت بهتر بانک فلسفه وجودی خود را از دست می‌دهد. اما در نظام اقتصادی اسلام، این‌گونه بهره‌گیری توسط بانک‌های عرفی ربا تلقی شده و حرام است. بنابراین، بانک به عنوان بازار و واسطه مالی به شکلی که در نظام سرمایه داری وجود دارد، نمی‌تواند در نظام اسلامی خلق و بقا داشته باشند. ولی این سؤال باقی است که سیستم جایگزین برای حرکت و جوه و منابع پولی به سمت سرمایه‌گذاری کدام است؟ طبیعی است همه صاحبان وجوه نمی‌توانند از وجوه خود در سرمایه‌گذاری در بخش واقعی اقتصاد استفاده کنند و برعکس، همه کسانی که توان مدیریت سرمایه‌گذاری را دارند وجوه لازم در اختیار ندارند. یک نظام اقتصادی، از هر نوع که باشد، باید برای تجهیز و تخصیص منابع پولی، سیستمی ارائه کند و اسلام برای این امر، سیستم خاص خود را ارائه کرده است که قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، این سیستم خاص را به خدمت گرفته است.

بند ۹ ماده ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا یکی از وظایف بانک‌ها را «اعطای وام و اعتبار بدون ربا (بهره) طبق قانون و مقررات» دانسته است. بنابراین در حقوق ایران، بانک نقش اصلی خود یعنی همان واسطه‌گری برای اعطای تسهیلات را حفظ کرده است با این تفاوت که این امر نباید باعث ایجاد ربا شود و همچنین می‌بایست مطابق مقررات باشد. اینکه تا چه حد می‌توان این وظیفه را در عمل پیاده کرد سخن

۱. مسعودی، علیرضا، حقوق بانکی، چاپ ۱، تهران، پیشبرد، ۱۳۸۷، ص ۲۱.

بسیار است اما به اجمال می‌توان گفت که سودآوری مشخص و قابل تضمین شرط و فلسفه وجودی بانک است و می‌بایست طریقی برای تامین این هدف پیش‌بینی شود که قانون عملیات بانکی بدون ربا به زعم خود این راهکار را اندیشیده است. حال در عمل چه میزان موفقیت حاصل می‌شود بحث دیگری می‌طلبند. قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب جلسه ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ مجلس شورای اسلامی عقود جدیدی را هم به عنوان ابزارهای تامین مالی بانک‌ها پیش‌بینی کرد. ماده ۹۸ این قانون مقرر می‌دارد: «به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقود اسلامی استصناع؛ مباحه و خرید دین اضافه می‌شود. آیین‌نامه اجرائی این ماده به تصویب هیئت‌وزیران می‌رسد.» آیین‌نامه اجرایی ماده فوق در تاریخ ۱۳۹۰/۵/۲ به تصویب هیئت وزیران رسید و عقود سه گانه مندرج در ماده ۹۸ به طور رسمی وارد نظام حقوقی کشور شد. در این تحقیق به تعریف عقد مباحه که در آیین‌نامه اجرایی بدان پرداخته شده است ورود پیدا خواهیم کرد و خواهیم دید که تا چه میزان این تعریف مطابق واقع است؟ این تحقیق به دو بخش تقسیم شده است. در بخش اول به تعریف مباحه در فقه امامیه و دکتربین حقوقی ایران و در بخش دوم به تعریف مباحه در آیین‌نامه اجرایی و انتقادات وارد بر آن خواهیم پرداخت.

۱- تعریف عقد مباحه در فقه امامیه و دکتربین حقوقی ایران

مباحه به عنوان یکی از اقسام عقد بیع در خلال مباحث فقه شیعه از سابقه بسیار طولانی برخوردار است و فقهای بزرگوار در ضمن مباحث بیع یا ملحقات آن به این بحث پرداخته‌اند و مراجعه به کتب قدمای فقهای شیعه و تتبع در آرای آنان مثبت این حقیقت است که بدون آنکه گسستی بین ادوار فقه امامیه واقع شود. بیع مباحه در تمامی این دوران مورد توجه فقها بوده است و از آن غافل نشده‌اند. به گونه‌ای که در دوران شکل‌گیری اجتهاد در فقه شیعه، از شیخ کلینی تا شیخ صدوق، از شیخ مفید تا شیخ طوسی، در این بحث کم نیاورده و هریک به سبک خاص خود در قالب روایت یا فتوا متعرض حکم معامله مزبور شده‌اند و بعد از این بزرگان نیز بحث ادامه پیدا کرده است. در فقه امامیه بیع مباحه از انواع بیع امانت تلقی شده است. بیع امانت بیعی است که مشتری در بیان قیمت خرید جنس، بایع را امین خود مقرر می‌دارد و در آن بر بایع است که از هرگونه دروغ و خیانت بپرهیزد. ضمانت اجرای این تکلیف بیشتر اخلاقی است یعنی هیچ تأثیری در ماهیت قرارداد ندارد. اگرچه مشتری می‌تواند بنا به شرایطی قرارداد را فسخ کند اما خیانت یا دروغ بایع در عناصر ماهیت وارد نمی‌شود زیرا در ماهیت‌شناسی گفته شد که به قدر متیقن موجود اعتباری در عمل پرداخته می‌شود و در عرف نیز دروغ یا خیانت بایع باعث دگرگونی ماهیت مباحه نیست و با وجود آن هم مباحه موجود است.^۱ شیخ طوسی مباحه را این گونه تعریف می‌کند: «بیع مباحه به معامله‌ای اطلاق می‌شود که فروشنده با اعلام بهای کالای خریداری شده، آن را گران‌تر از قیمت خرید بفروشد و از آن در باب تجارت سخن رفته است.»

شهید ثانی در تعریف مرابحه بیان کرده است که: «بیع اقسامی دارد که یکی از آنها بیع مرابحه است. در بیع مرابحه، بایع قیمت تمام شده یا قیمت خرید که همان راس‌المال است را به مشتری می‌گوید و با افزودن درصدی سود به آن، مبیع را به وی می‌فروشد.^۱

خمینی در تحریرالوسیله بیع را به دو قسمت کلی تقسیم می‌کند. وی می‌گوید: «آن چه را دو طرف معامله انجام می‌دهند دونحو است: یکی اینکه کاری به جز مقاوله و گفت و گو انجام ندهند یعنی تنها کالای مورد معامله و بهای آن را معلوم کنند و سخنی درباره اینکه فروشنده خودش چند خریده و آیا در این معامله سود می‌برد و یا زیان به میان نیاورند و معامله را بر روی کالائی معین و یا بهائی معین واقع می‌سازند این قسم خرید و فروش را مساومه می‌گویند که بهترین نوع معامله است. دوم اینکه سود یا زیان از لحاظ داشتن و نداشتن لحاظ شود، در این صورت است که خرید و فروش سه قسم پیدا می‌کند. یکی این که فروشنده کالا را به همان مبلغ که خودش خریده به اضافه سودی معین بفروشد، دوم اینکه کالا را ارزانتر از قیمت خرید بفروشد و سوم اینکه به همان مبلغ بدون کم و کاست بفروشد، که اولی بیع مرابحه یعنی دارای سود و دوم بیع مواضعه یعنی به کمتر از خرید و سوم بیع تولیت نامیده می‌شود و در تحقق این عناوین ناچار باید طرفین معامله معین کنند که کدامیک از این سه عنوان را در نظر دارند و نیز ناچار باید در قسم اول مقدار سود و در قسم دوم مقدار نقصان را معلوم کنند.»^۲

به همین خاطر است که برخی از فقها با استناد به قول معصوم معتقدند که لزومی نیست در بیع حتماً قیمت تمام شده اعلام شود اما اگر اعلام شود و معامله حالت مرابحه را به خود بگیرد باید تمامی شرایط مورد تصریح و آگاهی و توافق قرار گیرد زیرا لازمه مرابحه همین است.^۳

استاد جعفری لنگرودی مرابحه را چنین تعریف کرده است: «بیعی است که بایع مالی را که خریده است به دیگری می‌فروشد و قیمت خرید و هزینه‌های مربوط به آن مال را (از زمان خرید تا زمان فروش) به مشتری می‌گوید و سودی برای خود در نظر می‌گیرد. این واژه را به اختصار مرابحه گویند.»^۴

این تعریف ایشان بر تعریف خاصی که از عقد بیع ارائه داده‌اند استوار است. ایشان در رد تعریف ماده ۳۳۸ قانون مدنی که بیع را تعریف کرده است مبادرت به ارائه تعریفی کرده است تا دامنه مبیع را گسترش دهد و تعریقی بیع در حصار عین معین باقی نماند. در این مورد بیع را چنین تعریف کرده است: «بیع عبارت است از مبادله دو آئی مالی بر اساس تسلیم متقابل و رعایت موازنه در ارزش»^۵

۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن عاملی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، چاپ ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰، ص ۴۲۵.

۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، چاپ ۱، قم، المکتبه المرتضویه، ۱۳۹۰، ص ۲۱۷.

۳. همان، ص ۱۴۱.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، چاپ ۳، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۱۰۰۲.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۱۳۳.

ایشان بر این عقیده هستند که تعریف قرارداد، با یکی دو جمله امکان پذیر نیست، زیرا علی‌رغم دقت در ارائه تعاریف، به دلیل فقدان ضابطه علمی برای تحدید حدود و نبود ضابطه هدفمند جهت شناسایی ماهیت و عدم توجه به اقسام و انواع قرارداد در عرصه عمل، ناقص و نارسا خواهد بود.^۱

به همین خاطر باید دید که در عرف عملی جامعه چه چیزی انجام می‌شود و همان عرف را معیار تعریف قرار داد. این امر از طریق انتزاع حاصل می‌شود. انتزاع کاری علمی و وسیله شناخت ماهیات حقوقی است که طی آن مفهومی کلی از موجودات اعتباری همگون، به صورت ذهنی و بدون هیچ گونه دخل و تصرفی برداشت می‌شود و به تمامی اقسام آن موجود اعتباری سرایت و تعمیم داده می‌شود. به عنوان نمونه وقتی صدها بیع یعنی تملیک مال معلوم در برابر عوض معلوم در روابط معاملی مردم در عرصه عمل روی می‌دهد، از همگی آنها یک مفهوم کلی به دست می‌آید که تعریف باید بر اساس همین مفهوم کلی باشد و هر چیزی که در عرف وجود دارد را شامل شود.^۲

تعریفی که از بیع ارائه کرده‌اند بر همین دیدگاه استوار است. وی بیع عملی بر مبنای اصالت عمل را مورد توجه قرار داده است. در نتیجه در تعریف جدید از عقد بیع، هر مالی توانایی مبیع بودن را دارد و دیگر عین بودن شرط تعریف بیع قرار نمی‌گیرد.

این تعریف از آنجا نشئت می‌گیرد که بیع، حقیقت عرفیه دانسته شده است. یعنی ماهیت حقوقی موجود اعتباری ساخته و پرداخته عرف باشد نه اهل دانش حقوق یا فقه یا شارع.^۳ بیع که هر لحظه در بازار بلکه در معابر صورت می‌گیرد نمی‌تواند جدای از عمل عرف باشد. شارع در مورد ماهیات حقوقی معاملات، بر نظر عرف اهل معامله تکیه زده است و حقیقت عرفیه را قبول کرده است. اما عرف در تحول است و شارع در احاله به عرف، تحولات را هم بالملازمه قبول کرده است. نتیجه اینکه به عنوان مثال بیع سرقفلی و هر مال دیگری مشروع است. پس ماده ۳۳۸ قانون مدنی که پیوسته عین را در نظر دارد در برابر بیع سرقفلی و سایر اموال غیر از عین حقیقت عرفیه را رعایت نمی‌کند.^۴

بنابراین در هر حال مباحثه از اقسام بیع است و بیع نیز شامل هر مالی می‌شود ولی شامل منافع و خدمات نیست.^۵

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فن استدلال، منطق حقوق اسلام، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۸۵.

۲. همان، ص ۸۳.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، صد مقاله در روش تحقیق در علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۳۲.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تئوری موازنه، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱، ص ۱۲.

۵. موسوی الخمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، چاپ ۲، قم، اسلامی، ۱۴۲۵، هجری قمری، ص ۱۵۹.

۲- تعریف مرابحه در حقوق بانکی ایران و انتقادات وارده بر آن

۲-۱- تحلیل تعریف مرابحه در آیین‌نامه اجرایی

قبلاً گفته شد که ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۰، برای اولین بار به صورت رسمی استفاده از قرارداد مرابحه در سیستم بانکی کشور را تجویز کرد. این ماده مقرر می‌دارد: «به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقود اسلامی استصناع، مرابحه و خرید دین اضافه می‌شود. آیین‌نامه اجرائی این ماده به تصویب هیئت وزیران می‌رسد.»

آیین‌نامه اجرایی ماده فوق در تاریخ ۱۳۹۰/۵/۲ به تصویب هیئت وزیران رسید و عقود سه گانه مندرج در ماده ۹۸ به طور رسمی وارد نظام حقوقی کشور شد. لازم به توضیح است که ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه، مرابحه را به فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا الحاق کرد. قانون مزبور مصوب سال ۱۳۶۲ بوده که آیین‌نامه اجرایی آن نیز در تاریخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ به تصویب هیئت وزیران رسیده است. به همین دلیل و از آنجا که آیین‌نامه عقود جدید باید به آیین‌نامه قبلی الحاق شود، هیئت وزیران در تاریخ ۱۳۹۰/۵/۲، آیین‌نامه تصویبی را در ادامه آیین‌نامه اجرایی مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ قرار داد و مقررات قرارداد مرابحه را تحت عنوان بخش پانزدهم آیین‌نامه اجرایی سال ۶۲ و از مواد ۸۱ تا ۸۵ تصویب کرد. بلافاصله پس از تصویب آیین‌نامه مزبور، شورای پول و اعتبار در یک هزار و یکصد و بیست و هشتمین جلسه خود در تاریخ ۱۳۹۰/۵/۲۵ دستورالعمل اجرایی عقود سه گانه را که یکی از آنها قرارداد مرابحه است به تصویب رساند تا از این پس توسط بانک‌های کشور مورد استفاده قرار گیرد.

ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم تعریفی از قرارداد مرابحه به میان نیاورد و به حکم بند دوم همان ماده، این امر را بر عهده هیئت وزیران قرار داد. البته اینکه قانون‌گذار می‌تواند تصویب مقررات یک قرارداد را به آیین‌نامه ارجاع دهد جای تامل است. زیرا قواعد عمومی قراردادهای و عقود معین همگی در قانون مدنی ذکر شده و اگر هم قرارداد معین دیگری در جایی غیر از قانون مدنی به تصویب رسیده است توسط مجلس بوده و شان قانون‌گذاری رعایت شده است. متأسفانه در قانون عملیات بانکی کشور چنین رسمی به هم خورده و تصویب مقررات مورد نیاز نظام بانکی کشور بر عهده آیین‌نامه‌های اجرایی قرار داده شده است. ماده ۸۱ آیین‌نامه الحاقی هیئت وزیران به آیین‌نامه سال ۱۳۶۲ قرارداد مرابحه را چنین تعریف کرده 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.»

دستورالعمل اجرایی قرارداد مرابحه مصوب بانک مرکزی نیز عیناً همین تعریف را اتخاذ کرده است.

با عنایت به این تعریف، قرارداد مرابحه از نظر قانون‌گذار قراردادی است که:

۱- موجب انتقال مالکیت می‌شود زیرا «عرضه کننده... اموال و خدمات را..... به متقاضی واگذار می‌کند.» پس تا اینجا قانون‌گذار از نظرات رایجی که مباحثه را قسمی از اقسام بیع می‌داند تبعیت کرده است و ماهیت آن را انتقال مالکیت دانسته است نظر قانون‌گذار با عنایت به ماهیت بیع صحیح به نظر می‌رسد. زیرا در عرف عملی که منشأ تبیین ماهیات حقوقی است از مباحثه برای انتقال مالکیت اموال استفاده می‌شود، بدون اینکه آن را محصور در اصطلاح «عین» کنند.

۲- واضعین آیین‌نامه در راستای اعتبار بخشیدن به عرف عملی موجود صراحتاً از اصطلاح «اموال و خدمات» استفاده کرده‌اند. بدین ترتیب با اطلاق اصطلاح «اموال»، مهر تاییدی بر انتزاع صحیح از ماهیت این قرارداد در عرف زده شده است و صرفاً در حصار ماده ۳۳۸ قانون مدنی محصور نمانده است.

۳- از نظر قانون‌گذار، قرارداد مباحثه نه تنها قسمی از اقسام بیع نیست بلکه قراردادی مستقل و معین است. شاید این گفته با بند اول تناقض پیدا کند. اما این تناقض رفع شدنی است. در بند اول گفته شد که در مورد تشخیص ماهیت نظرات گذشته تایید شده است نه در مورد جایگاه قرارداد در حقوق ایران. در نظرات ارائه شده^۱ در دکترین حقوقی و فقه امامیه هم ماهیت این قرارداد انتقال مالکیت دانسته شده است همان چیزی که در بیع هم وجود دارد اما در نظر قانون‌گذار اگرچه این ماهیت یکسان است اما با بیع تفاوت دارد و از آن مستقل است. در غیر این صورت ضرورتی نداشت تا از اصطلاح اموال و خدمات به صورت مطلق استفاده شود. دومین نکته‌ای که این برداشت را تایید می‌کند، استفاده از اصطلاح «قرارداد» به جای اصطلاح «عقد» است. شاید در وهله اول چنین امری بی‌اهمیت جلوه کند. زیرا این دو عنوان مترادف است و هریک به جای دیگری قابلیت استعمال دارد.^۲

اما علی‌رغم این ترادف، نشانه‌هایی وجود دارد که در قانون مدنی نیز، قانون‌گذار تعمداً در استفاده از هریک از این اصطلاحات داشته است. ماده ۱۰ قانون مدنی می‌گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.» در این ماده صراحتاً اصطلاح «قراردادهای خصوصی» استفاده شده است در حالی که عنوان قسمت دوم قانون مدنی «در عقود و معاملات و الزامات» بوده است و همچنین در عنوان باب اول آن که عبارت «در عقود و تعهدات به طور کلی» استفاده شده است اصطلاح «قراردادها» به کار نرفته است. مگرچه تفاوتی بین عقود و قراردادها وجود دارد که قانون مدنی ما کلمه عقود را در مواردی و کلمه قراردادها را در موارد دیگر به کار برده است؟ چرا قانون‌گذار این دو اصطلاح مترادف را این گونه به کار برده است؟ بدیهی است که نمی‌توان عدم توجه قانون‌گذار به ترادف این اصطلاحات را مبنای این کار دانست و چنین گفت که تعمداً در کار نبوده است بلکه دقیقاً باید برعکس فکر کرده و معتقد بود که قانون مدنی در استفاده از این دو اصطلاح در دو

۱. انصاری، مسعود، طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، چاپ ۱، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴، ص ۵۸.

۲. بیگزاده، صفر، شیوه نامه نگارش قانون، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۲، ص ۲۱۴.

باب متفاوت تعمدی داشته است. در تعریف قرارداد گفته شده است که: «قرارداد عبارت است از توافق دو یا چند اراده در مورد چیزی که متضمن نفع حقوقی باشد. موضوع قرارداد ممکن است شناسایی یا ایجاد یا تغییر یا اسقاط یا انتقال حقی باشد. قراردادی که متضمن ایجاد تعهد باشد یا نقل ملکیت را سبب گردد عقد نامیده می‌شود. ولی اقاله یا تفاسخ که حاصل توافق در سقوط تعهد یا مالکیت ناشی از عقد است قرارداد محسوب می‌شود ولی به آن عقد نمی‌گویند. بنابراین قرارداد اعم از عقد است. کلمه عقد فقط در مورد عقود معینه به کار می‌رود و حال آنکه قرارداد به کلیه عقود اعم از معینه و غیر معینه اطلاق می‌شود و در نتیجه قرارداد اعم از عقد است.» بنا بر این تعریف، آنچه که منطقی به نظر می‌رسد این است که تدوین کنندگان قانون مدنی، همچنان که از عنوان باب سوم آن مستفاد می‌شود عقود معینه در قانون مدنی را با این کلمه (یعنی عقود) مشخص کرده‌اند مانند بیع، بیع شرط، معاوضه، اجاره، مزارعه، مساقات، مضاربه، جعاله، شرکت، ودیعه، عاریه، قرض، وکالت، ضمان عقدی، حواله، کفالت، صلح، رهن، هبه و قراردادهای را برای مواردی در نظر گرفته‌اند که عنوان خاصی برای آنها در قانون در نظر گرفته نشده است. این تعبیر معقول و قابل قبول به نظر می‌آید زیرا تمام انواع معاملات که در جامعه ما صورت می‌گیرد در هیچ زمانی محدود به همان عقود معینه در قانون مدنی نبوده است بلکه انواع دیگر معاملات را که در قانون مدنی نامی از آنها ذکر نشده است. در بر می‌گیرد. لذا تدوین کنندگان قانون مدنی در همان سال تدوین و تصویب آن (۱۳۰۷) به خوبی دریافته بودند که معاملات دیگری که تحت هیچ یک از عناوین عقود معینه قرار نمی‌گیرند ممکن است صورت بگیرد برای این منظور، ماده ۱۰ قانون مدنی را نیز اضافه کردند تا قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ باشد.

با این توضیح علت استفاده از اصطلاح «قرارداد» در آیین‌نامه اجرایی و دستورالعمل اجرایی قرارداد مباحثه روشن می‌شود. یعنی تدوین کنندگان آن از همان ابتدا راه خود را از عقود معین جدا کرده و با کاربرد این اصطلاح در مقام بیان این نکته برآمده‌اند که قرارداد مباحثه، موجود اعتباری مستقلی بوده است و قاعدتاً از دسته بندی عقد بیع که از عقود معین مذکور در قانون مدنی است خارج است و به نوعی نظرات راجع به مباحثه که این قرارداد را نوعی از بیع تلقی می‌کنند مردود اعلام کرده‌اند. اگرچه در ماهیت، آن را با بیع یکی دانسته‌اند.

۲-۲- انتقادات وارد بر تعریف مباحثه در آیین‌نامه اجرایی

علی‌رغم تعریفی که از قرارداد مباحثه صورت گرفته است دو ایراد هم بر آن وارد است. ایراد اول مربوط به ماهیت‌شناسی و ایراد دوم هم مربوط به جایگاه این تعریف، با توجه به مقررات موجود، است.

ایراد راجع به ماهیت این قرارداد، استفاده آیین‌نامه اجرایی از عبارت «بهای تمام‌شده اموال و خدمات» است. اگرچه این امر برای بیان استقلال این قرارداد از عقد بیع صورت گرفته است اما قراردادن خدمات

در کنار اموال و انتقال آنها ضمن یک عقد درست به نظر نمی‌رسد. این اشتباه در ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی هم تکرار شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «بانک‌ها می‌توانند به منظور رفع نیازهای واحدهای تولیدی، خدماتی و بازرگانی برای تهیه مواد اولیه، لوازم یدکی، ابزار کار، ماشین‌آلات، تأسیسات، زمین و سایر کالاها و خدمات مورد احتیاج این واحدها و نیازهای خانوارها برای تهیه مسکن، کالاهای بادوام و مصرفی و خدمات به سفارش و درخواست متقاضی به تهیه و تملک این اموال و خدمات مبادرت و سپس آن را در قالب عقد مباحه به متقاضی واگذار کنند.» در این ماده هم صراحتاً بر انتقال خدمات بر اساس قرارداد مباحه تأکید شده است.

در حالی که گسترش دامنه تعریف مباحه به ارائه خدمات و انتقال خدمات صحیح نیست و باعث به هم ریختن سامان ماهیات حقوقی می‌شود. مباحه قسمی از بیع تلقی شده است و لاجرم باید موضوع آن مالی باشد که عین است در اینجا دامنه موضوع قرارداد مباحه گسترش بسیار زیادی یافته تا جایی که علاوه بر اموال (اعم از مادی و غیر مادی)، خدمات را نیز در بر می‌گیرد. مفهوم خدمات روشن است و آن هم عملی است که ما به ازاء و عوض دارد. به عبارت دیگر قرارداد ارائه خدمات، قراردادی است که به وسیله آن شخص توافق می‌کند تا وظایف معینی را تحت نظارت کارفرما در مقابل دستمزد یا حقوق مشخصی بر عهده گیرد.^۱ در قانون مالیات بر ارزش افزوده نیز تقریباً چنین تعریفی از خدمات ارائه شده است. ماده ۵ این قانون در مورد خدمات چنین حکم کرده است: «ارایه خدمات در این قانون، به استثنای موارد مندرج در فصل نهم، انجام خدمات برای غیر در قبال مابه‌ازاء است.» البته به دلیل روشن بودن مفهوم خدمت، قانون‌گذار از تعریف آن سر باز زده است اما با حکم ماده ۵ قانون مالیات بر ارزش افزوده خدمات را می‌توان هر عملی دانست که شخصی برای دیگری انجام می‌دهد و در ازای آن عوضی دریافت می‌دارد. این تعریف با تعریف اجاره اشخاص در قانون مدنی مطابقت کامل دارد و با ماده ۴۶۷ قانون مدنی که مورد اجاره را اعم از شی یا حیوان یا انسان دانسته است فرقی ندارد. در نتیجه استفاده از خدمات در حقوق ایران فقط ذیل عقد اجاره ممکن است. این تناقض قابل حل نیست. چگونه می‌توان قلمرو بیع را تاجایی گسترش داد که خرید خدمات را هم شامل شود؟ در این صورت جایگاه عقد اجاره در حقوق ایران چگونه خواهد بود؟

با آوردن کلمه «عین» در ماده ۳۳۸ قانون مدنی، قانون‌گذار مفهوم بیع را از اجاره ممتاز شناخته است. زیرا، اجاره تملیک «منفعت» به عوض معلوم است. با این حال، چگونه می‌توان در قسمی از اقسام بیع از خرید خدمات سخن گفت؟ حتی اگر معیار ماهیت‌شناسی که در مباحث قبل بدان اشاره شد مد نظر قرار گیرد باز هم نمی‌توان خرید خدمات را به دامنه عقد بیع افزود. قبلاً گفته شد که برای تبیین ماهیت

۱. قبولی درافشان، سید محمد هادی، مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادها در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس، تهران، آثار اندیشه، ۱۳۸۶، ص ۱۰۷.

صحیح موجود اعتباری باید ابتدا عرف عملی یا اصالت عمل مد نظر قرار گیرد. سپس از همین عرف عملی انتزاع صورت گیرد یعنی مفهومی به دست داده شود که تمامی مصادیق را در بر گیرد. در اینجا اگر بتوان تلقی عرفی از مبیع را به سایر اموال مادی و غیر مادی تسری داد یقیناً نمی‌توان آن را شامل خرید خدمات هم دانست. چون در هیچ یک از معاملات روزمره مردم صحبت از خرید خدمات نیست بلکه حتی در افواه جامعه نیز استفاده از خدمات تحت عناوین مختلف اجاره و مقاطعه کاری و... قرار می‌گیرد و هرچه هست خرید خدمات را شامل نمی‌شود. در عناصرشناسی هم قبلاً گفته شد که در صورت شک باید به قدر متیقن اکتفا نمود.

چنین تناقضاتی که بیانگر افراط و تفریط در ارائه نظرات حقوقی است نتیجه عدم توجه به معیار صحیح ماهیت‌شناسی است.

چگونه می‌توان منافع یک انسان را که خدمات نام دارد فروخت؟ بانک چگونه می‌تواند این خدمات را تسلیم مشتری کند؟ این امر به مانند این است که انسان را کالا بدانیم و نقش اراده و تصمیم‌گیری را در مورد وی منتفی بدانیم؟ اما آیا چنین چیزی امکان پذیر است؟ وقتی قرارداد اجاره اشخاص عهده است و اجیر تعهد به انجام کاری می‌کند.^۱ و نمی‌توان تصور تملیک منافع اجیر به موجر را کرد، بر چه مبنایی می‌توان این تعهد را به طرف مقابل فروخت؟ وقتی اجیر می‌تواند از انجام تعهد امتناع کند و اجبار وی هم امکان پذیر نیست و تنها ضمانت اجرای آن خسارت قراردادی و نهایتاً فسخ قرارداد است (ماده ۲۳۹ قانون مدنی) بر چه اساسی می‌توان براین عقیده بود که چنین چیزی قابل خرید و فروش است و بانک‌ها هم می‌توانند این خدمات را در قالب قرارداد مرابحه واگذار کنند؟ بنا به فرض اگر چنین چیزی امکان پذیر باشد چه ضمانت اجرایی دارد؟ اصولاً چگونه می‌توان شخصی را که مایل به انجام تعهد خود نیست ملزم کرد تا حتماً تعهد خود را انجام دهد؟ حتی اگر این تعهد قائم به شخص نبوده و توسط دیگری هم قابل انجام باشد چرا باید در روابط بین بانک و اشخاصی که نیاز به تسهیلات دارند وارد شود؟

آیا می‌توان این امر را دلیلی بر تایید مطالب بالا دانست و نتیجه‌گیری کرد که آیین‌نامه اجرایی قرارداد مرابحه، به کلی با عقد بیع مرزبندی کرده است؟ قبلاً گفته شد که بیع در تعریف قانون مدنی ایران اختصاص به مبادله «عین» در برابر عوض دارد. عین هم مالی است که درعالم خارج و واقعیت برای آن مصداق وجود دارد. چه این مصداق معین و مشخص باشد (عین معین) چه اینکه درعالم واقع برای آن مصادیق مختلفی موجود باشد (کلی فی‌الذمه) چه اینکه مصادیق متعددی از عین واحد باشد (کلی در معین).

اما در تعریف آیین‌نامه اجرایی به این امر توجه نشده و اصطلاح «اموال» به طور مطلق به کار رفته است

۱. نعمت‌اللهی، اسماعیل، محقق داماد، سید مصطفی، عهده‌ی یا تملیکی بودن اجاره اشخاص، فصلنامه نامه مفید، ۵۸/۱۲، صص ۲۳-۴۰،

که شامل هر مالی اعم از مادی و غیر مادی و حقوق مالی نیز می‌شود و از طرفی اصطلاح «خدمات» هم به کار رفته است. آیا می‌توان چنین نتیجه گرفت که از این به بعد در نظام حقوقی ایران می‌توان هر مالی را مورد معامله تملیکی قرارداد و لزومی به «عین» بودن مبیع نیست؟ آیا می‌توان گفت که مقررات قرارداد مباحه خصوصیتی ندارد و تفاوتی هم در استفاده از اصطلاحات نیست و این گونه نتیجه گرفت که نظام حقوقی ایران در مورد بیع دگرگون شده و ماده ۳۳۸ قانون مدنی تحت الشعاع قرار گرفته است و به زبان دقیق‌تر نسخ ضمنی شده است؟ آیا می‌توان گفت که قرارداد مباحه به مانند بیع، ماهیتی تملیکی دارد و علیرغم این وجه اشتراک، می‌توان با استناد به آیین نامه اجرایی قرارداد مباحه، از این قالب حقوقی برای تملیک هر نوع مالی استفاده کرد و دیگر در حصار عقد بیع محصور نماند؟ مخصوصاً اینکه در آیین نامه موصوف از فروش خدمات نیز سخن به میان رفته و قانون‌گذاری که چنین بی‌پروا مرز عقود را به هم می‌ریزد و بدون توجه به ماهیات موجودات اعتباری، اموال و خدمات را یکی کرده است و همگی را با قرارداد مباحه قابل انتقال می‌داند، درصدد تسهیل روابط حقوقی جامعه بوده است؟

مسلماً چنین اشکال بزرگی ناشی از عدم توجه به روش صحیح ماهیت‌شناسی است. اگر قانون‌گذار طبیعت و ذات موجودات اعتباری را به طور دقیق و درست مدنظر قرار دهد چنین ایراداتی هم حاصل نخواهد شد. به همین خاطر مناسب است تا واگذاری خدمات از مقررات مربوط به قرارداد مباحه زدوده شود.

ایراد دیگری که بر تعریف آیین‌نامه وارد است مربوط به عدم توجه به مقررات قانونی است. در اینجا بحث ماهیت‌شناسی مطرح نیست، بلکه سخن بر این است که آیا آیین‌نامه اجرایی می‌تواند ناقض و ناسخ قوانینی باشد که توسط مجلس تدوین شده است؟ پاسخ بدین سوال از این رو اساسی است که اگر تعریف آیین‌نامه اجرایی از قرارداد مباحه بدون توجه به اصطلاح «خدمات» پذیرفته شود آنگاه این ایراد به وجود می‌آید که پس تکلیف ماده ۳۳۸ قانون مدنی که بیع را تعریف و آن را محصور در «عین» کرده است چیست؟ آیا می‌توان گفت که قلمرو قراردادهای مربوط به انتقال اموال گسترده و ماده ۳۳۸ نسخ ضمنی شده است؟

در مورد صلاحیت مقام اجرایی در مورد تصویب قوانین باید به اصل ۱۳۸ قانون اساسی توجه کرد. این اصل مقرر می‌دارد: «علاوه بر مواردی که هیئت وزیران یا وزیر یا مأمور تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیئت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمانهای اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه پردازد. هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیئت وزیران حق وضع آیین‌نامه و صدور بخشنامه را دارد ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد.» مطابق این اصل هیئت وزیران صلاحیت تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی را از مقام بالاتر می‌گیرد و برای این کار «مامور» می‌شود.^۱ از طرفی نباید هیچ مصوبه‌ای خلاف روح قوانین باشد.

۱. هاشمی، محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲، تهران، میزان، ۱۳۸۲، ص. ۱۷۰.

روح قانون به منزله نیت و هدفی است که از تصویب قانونی وجود دارد. روح قانون به مانند جان و روحی است که بر اسکلت قانون دمیده می‌شود و الفاظ قانونی بدون توجه به نیت و هدف قانون‌گذار جسمی بی‌جان بیش نیستند.^۱ به همین دلیل نباید هیچ مقرره‌ای این نیت را مخدوش سازد زیرا در غیر این صورت قانون مزبور بی‌فایده خواهد بود. بنابراین اولاً مأمور نمی‌تواند خلاف اذن آمر عمل کند یعنی هیئت وزیران نمی‌تواند بر خلاف اذن مجلس و خارج از حدود اذن داده شده قانون تصویب کند. همچنین نباید مقرره تصویبی خلاف روح قانون باشد. البته وقتی شرط عدم مخالفت با روح قانون وجود دارد به طریق اولی عدم مخالفت با متن صریح قانون را هم شامل می‌شود. زیرا روح قانون و نیت قانون‌گذار در الفاظی که به کار می‌برد متبلور می‌شود و هر مقرره‌ای که خلاف این الفاظ باشد به معنای مخالفت با نیت و هدف قانون‌گذار است.

بر همین مبنا و با توضیحاتی که داده شد این نتیجه حاصل می‌شود که هیئت وزیران در تصویب آیین‌نامه اجرایی عقد مرابحه بر خلاف اذن قانون‌گذار عمل و ماده ۳۳۸ قانون مدنی را نسخ ضمنی کرده است. امری که خارج از اختیارات هیئت وزیران است و می‌توان درخواست ابطال آن را کرد. البته این ایراد فقط از جنبه قانونی بوده و اقدام قانون‌گذار از تسری تملیک به تمامی اموال قابل قبول است و نشانگر توجه نسبی به ماهیت صحیح مرابحه است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

نتیجه‌گیری:

حقوق بانکی ایران بعد از انقلاب اسلامی بر مبنای مبارزه و نفی ربا قرار گرفته است. به همین خاطر، قانون‌گذار در قانون عملیات بانکی ۱۳۶۲ مقرر کرد تا بانک‌ها از قراردادهای اسلامی و شرعی برای اعطای سرمایه به متقاضیان استفاده کنند. در سال ۱۳۸۹ سه عقد مرابحه، خرید دین و استصناع به قانون برنامه پنج‌ساله توسعه اضافه شد.

گفته شد در فقه، مرابحه را نوعی بیع می‌دانند. این استنباط براساس نظریات فقهایی همچون شهید ثانی، شیخ طوسی و خمینی پرواضح است. در حقوق ایران، لنگرودی بر همین نظر است. با توجه به حقیقت عرفی آشکار شد تعریف قانون مدنی از بیع و اختصاص آن به عین صحیح نیست. به سبب آن که هر مالی که جزو تعریف و این حقیقت قرار بگیرد معامله بر آن بیع قلمداد می‌شود.

در آیین‌نامه قانون ۱۳۸۹ به جای عین از اموال سخن گفته شده است که به گونه‌ای نقص قانون مدنی را اصلاح کرده است. البته این آیین‌نامه، باوجود این حسن، ایراداتی هم دارد از جمله آن که انتقال خدمات را هم در بر می‌گیرد. اما این مورد را نمی‌توان در قالب عقد بیع قرار داد و باید بر اساس عقد اجاره تحلیل گردد.

دومین ایراد به اصل تصویب این آیین‌نامه است که آیا هیئت وزیران می‌تواند مرجع تصویب چنین قانونی باشد یا به تعبیر دیگر صلاحیت قانون‌گذاری به صورت ماهوی دارد؟ به سبب آن که با این تعریف، ماده ۳۳۸ قانون مدنی نسخ ضمنی شده است. به عبارت دیگر آیا هیئت وزیران می‌تواند قانون مصوب مجلس را نسخ کند؟

منابع و مأخذ:

۱. انصاری، مسعود، طاهری، (۱۳۸۴)، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد دوم، چاپ اول، تهران، محراب فکر.
۲. بیگزاده، صفر، (۱۳۸۲)، شیوه‌نامه نگارش قانون، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، تئوری موازنه، تهران، گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۰)، فلسفه‌اعلی در علم حقوق، تهران، گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، صد مقاله در روش تحقیق در علم حقوق، تهران، گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، فن استدلال، منطق حقوق اسلام، تهران، گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، مسائل منطق حقوق و منطق موازنه، تهران، گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
۹. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی بن عاملی، (۱۴۱۰ ه. ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، جلد سوم، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۳۹۰ ه. ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد دوم، چاپ اول، قم، المكتبة المرتضویه.
۱۱. قبولی درافشان، سید محمدهادی، (۱۳۸۶)، مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادهای در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس، تهران، آثار اندیشه.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، جلد سوم، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۳. مسعودی، علیرضا، (۱۳۸۷)، حقوق بانکی، چاپ اول، تهران، پیشبرد.
۱۴. موسوی‌الخمینی، سید روح‌الله، (۱۴۲۵ ه. ق)، تحریر الوسیله، جلد دوم، چاپ دوم، قم، اسلامی.
۱۵. نعمت‌اللهی، اسماعیل، محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۵)، "عهدی یا تملیکی بودن اجاره اشخاص"، فصلنامه نامه مفید، ۵۸/۱۲، صص ۲۳-۴۰.
۱۶. هاشمی، محمد، (۱۳۸۲)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران، میزان.