

# ماهیت و شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد مرابحه در حقوق ایران

محمد سلطانی\*

حامد شیروانی زاده آرانی\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۲/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۸/۲۴

## چکیده

مرابحه 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. به کارگیری 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 مرابحه نیز از این امر مستثنی نیست. آئیننامه و دستورالعمل اخیر التصویب مربوط به این عقد در حوزه بانکی، حاوی مقرراتی است که دقت و واکاوی مجدد در این عقد را ناگزیر می‌سازد. از جمله مهم ترین مقرراتی 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 وا می‌دارد. با مراجعه به متون فقهی و نیز مقررات وضع شده در می‌یابیم قرارداد مرابحه که فقهی 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 افروزدن مقدار مشخصی سود به مبلغ تحصیل موضوع قرارداد (رأس‌المال) به دیگری واگذار کرد. بنابراین رعایت شرایط اختصاصی انعقاد این قرارداد، صرفاً صحبت چنین شیوه واگذاری را، نه صحبت ماهیت عقد، تضمین می‌کند.

**کلیدواژه‌ها:** بیع مرابحه، تشکیل قرارداد، شرایط اختصاصی، مرابحه.

m\_soltani@sbu.ac.ir

\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول).

\*\* دانش آموخته 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 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 به نظر نمی‌رسید و نیاز به انعقاد قرارداد به شیوه 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، به تدریج تفکر ایجاد یک واسطه برای آسان گرداندن 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 مقاضی 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 مصنون 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 به طور نقد تهیه می‌کردند، با افزودن مبلغ و گاه نیز نسبتی سود (مثلاً ده به یازده) به مقاضی واگذار می‌کردند. پس از ظهور اسلام با توجه به ضرورت اجرای احکام مقدس در روابط تجاری و شائبه شباهت چنین ربح و اضافه‌های برای پرسش از خدمت ائمه معصوم، به ویژه در دوران طلایی امام صادق (ع)، بالا گرفت. ائمه معصوم با تجویز و امضای این قرارداد، این زیاده را از مصاديق ربا ندانسته، اساساً معامله منعقده 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 می‌کردند.

توجه به خاصیت منحصر به فرد نهاد مرابحه، نهادهای فقهی

سازمان‌های مرتبط را برآن داشت تا پیشنهاد افروزه شدن این عقد شرعاً به عقود بانکی را به مجلس شورای اسلامی بدهند که در نهایت با تصویب قانون برنامه پنجم توسعه، این عقد بنای ماده ۹۸ آن قانون<sup>۱</sup>، وارد عرصه حقوقی کشور شد. با ورود این عقد به قوانین، هیئت‌وزیران نیز با استناد به همان ماده، آین نامه این عقد را تصویب کرد. در پی ابلاغ این آین نامه، 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، آین نامه 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 درخصوص مرابحه بانکی است، ناگزیر در خلال موضوعات مورد بحث به این مقررات نیز استناد می‌کنیم.<sup>۲</sup>

در متون فقهی، واژه مرابحه از ریشه ربح به معنای زیاده و نما آمده است ( محمود عبدالرحمن، بی‌تا، 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.

تعريف فقهای نیز به همین ویژگی قرارداد اشاره داشته است. برای نمونه، صاحب جواهر مرابحه را این چنین تعریف می‌کند: «المرابحه کما في القواعد: البيع مع الإخبار برأس المال مع الزيادة عليه» (صاحب جواهر، بی‌تا: ۳۲۳؛ یعنی مرابحه همان‌طور که در کتاب قواعد تعريف شده، عبارت است از بیعی که در آن قیمت تمام شده مال و سود افزوده به آن اعلام می‌شود.

۱. «به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقود اسلامی استصناع، مرابحه و خرید دین اضافه می‌شود. آین نامه اجرائی این ماده به تصویب هیئت وزیران می‌رسد».

۲. لازم به ذکر است قرارداد مرابحه در متون مصوب دیگری نیز نام برده شده است. برای نمونه در ماده ۲۶ قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه سال ۹۰ مصوب سازمان بورس اوراق بهادران نیز از اوراق بهادران بر بنیان قرارداد مرابحه نام برده شده اما پیچیک از این متون مستقلانه به بیان شرایط انعقاد این نوع قرارداد که موضوع اصلی بحث ما می‌باشد، پرداخته است. بر همین مبنای ضمن استفاده از برخی مقررات و تعاریف موجود در این مقررات، تکیه اصلی مباحث را بر ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه، آین نامه الحاقی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۹۰/۵/۲ هیئت وزیران و دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه مصوب ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار استوار خواهیم کرد.

ذیل عنوان بیع بررسی شده، در این نوشتار ابتدا به ماهیت مرابحه در فقه و سپس ماهیت این عقد در پرتو نظر حقوق دانان و قواعد حقوق موضوعه پرداخته شده است.

### در فقه

آنچه از مطالعات فقهی و بررسی کتب فقهی و روایی ما برمی آید، آن است که عقد مرابحه پیشینه‌ای به قدمت فقه ما دارد و «بدون آنکه گستاخی بین ادوار امامیه واقع شود، مرابحه در تمامی این دوران مورد توجه فقها بوده و از آن غافل نشده‌اند» (موسیان، سید عباس، ۱۳۹۰: ۴۰). شاید دلیل این امر آن باشد که بیشتر فقها مرابحه را ذیل اقسام عقد بیع تشریح و بررسی کرده‌اند (برای نمونه ر. ک. به صاحب جواهر، بی‌تا، ۳۲۳؛ ابو جعفر طوسی، ۱۳۸۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰؛ شهید بیرونی، ۱۴۰۵؛ پورانی، ۱۴۰۸؛ همان‌طور که می‌دانیم پیشینه ثانی، ۱۴۱۰؛ بی‌تا، ۴۲۴). متن احادیث دیده می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۲۹۹).

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، ۱۴۲۳: ۴۹۴؛ عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۰؛ ۲۲۴ عقد بیع را از لحاظ اخبار مشتری به بهای تمام شده کالا به دو دسته تقسیم کرده‌اند:

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

فروشنده قیمت تمام شده 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 به عنوان تخفیف از قیمت تمام شده 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 به عنوان سود به قیمت تمام شده کالا برای خویش (قیمت خرید، حمل و غیره) افزوده، کالا را به قیمتی بالاتر از قیمت تمام شده برای خویش به مشتری می‌فروشد. این گونه را به دلیل ربحی که فروشنده افزون بر قیمت تمام شده کالا برای او از مشتری دریافت می‌دارد، «بیع مرابحه» 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 مرابحه به جز قسمی از اقسام بیع نیست

علامه حلی در تعریف این عقد می‌گوید: «المراحله نوع من البيع، فإيجابه كإيجابه، و بيزيد: ضمه الربح والإخبار 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 بیع توسط فروشنده). دیگر فقهای امامیه و عامه نیز با تعبیری شبیه هم این قرارداد را به مخاطبان خود شناسانده‌اند<sup>۱</sup>. با توجه به بیان نشدن چنین عقدی در قانون مدنی، کمتر حقوق دانی به بحث و بررسی در این حوزه ورود پیدا کرده است. فقط برخی حقوق دانان در تصنیفات خود با تکیه بر تعریف فقهاء، مرابحه را با همان عبارات فقها معرف کرده‌اند: «نام بیعی مرابحه است که فروشنده قیمت تمام شده برای خود را ذکر کرده (رأس المال و سایر هزینه‌های تحصیل) و بهره‌ای معلوم بگیرد. از این قبیل بود، بیع ده یازده و بیع ده دوازده که در

مقصرات موضوعه اخیرالتصویب مرابحه، از جمله ماده ۸۱ آین نامه و نیز ماده ۱ دستورالعمل اجرایی، مرابحه را با تغییراتی این گونه تعریف می‌کند: «مرابحه قراردادی است که به موجب آن عرضه کننده، بهای تمام شده اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می‌رساند و سپس با افزودن مبلغ یا در صدی اضافی به عنوان سود آن را... به متقاضی واگذار می‌نماید».

گفتنی است، برخی از اعضای فرهنگستان زبان فارسی معادل فارسی واژه مرابحه را «بهره کاری» پیشنهاد داده‌اند که در این معادل‌سازی به نوعی واژه ربح و سود توجه شده است (گروه گردآورندگان به سرپرستی میرجلال الدین کرازی، ۱۳۹۰: ۲۰۹).

در هر صورت بحث و بررسی درخصوص شرایط اختصاصی تشکیل قرارداد مرابحه، به نحو انکارناپذیری وابسته به این موضوع است که ماهیت این قرارداد با در نظر گرفتن تعریف و دیگر شرایط اختصاصی اعقاد این عقد چیست و اساساً این قرارداد باید به چه عقدی 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 مرابحه؛ بخش دوم بررسی و برشارمی شرایط اختصاصی اعقاد این قرارداد.

### ماهیت مرابحه

با توجه به اینکه ماهیت مرابحه ابتدا به طور اختصاصی در فقه و

۱. «ما بیع المراحله في الإصطلاح الفقهي فهو بیع ماماکه، بم اقام على هو بفضل» (حمد، نزیه، ۱۴۲۹: ۴۰۸)؛ «هی البيع برأس المال مع زیاده» (عاملی، کرکی، ۱۴۰۱: ۱۸۱).

(حلی، بی تا: ۲۲۱)، به نظر می‌رسد برخی دیگر از فقهاء برآناند که بررسی قرارداد مرابحه در ذیل اقسام قرارداد بیع، به آن معنا نیست که مرابحه جز در لوای این عقد قابل انعقاد نیست.

آنچه از نظر این دسته از فقهاء بر می آید، آن است که ایشان مرابحه را روش و صفتی می دانند 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

در حقوق

از نظر حقوقی، کمتر حقوق دانی ماهیت این عقد را برسی کرده و اظهارنظر صریحی درخصوص 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 آینه نامه حقوقی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ریا 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 نگاهی وسیع به متون فقهی، مقررات عقد مرابحه را با در نظر گرفتن موضوع‌های متعدد و مورد نیاز بانک‌ها تهیی 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 موضوع حقوق که صراحتاً این مباحث پرداخته است، اشاره می‌کنیم.

با توجه به تشریح و بررسی قرارداد مرابحه از سوی فقهاء ذیل مباحثات مربوط به عقد بیع، اولین پاسخی که درباره تبیین ماهیت مرابحه متبدار می‌شود، بیع بودن این نهاد است (موسیان، ۱۳۹۰: ۴۲-۴۱؛)؛ البته بیعی که شامل اموال و خدمات شود (همان‌طور که بیان شد اقلیتی از فقهاء چین گسترده‌ای برای موضوع مرابحه قائل هستند).

دستورالعمل اجرایی این عقد نیز اگرچه به صراحت مرابحه را بیم معرفی نمی کند، اما در برخی از مواد از لفاظی استفاده

رسه آن را «قليک عين بعوض في ظرف تملك المشتري» معرفی می‌کند (به نقل از موسوی خمينی، ۱۴۲۱: ۶۶).

۳. هل اللازم كون الميع بن الأعيان؟ صر الشیخ الأعظم و صاحب الجواهر بيلزروم كونه من الأعيان، بل ادعى الأول منها استقرار اصطلاح الفقهاء عليه.... و قد استدل له السيد بالتأشير و صحه السلب عن قليک المنفع بعوض، و هما علامه كونه كذلك في العرف، الكاشف عن كونه كذلك لغة. ثم اجاب عن اطلاق كلام المصباح المنير (مبادلة مال بمال) بأنه مبني على المسماحة» (مكارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۵: ۱۳).

١٠ و جريان المراحشه ولو احتجها في غير البيع من عقود الملاوحة كالصلح والإجارة، لا يخلو من قوه، بل صريح بعضهم جريانها في الإجارة، بل السيره التقطعيه على جريانها في المعاطاه... (جمعي از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، ۱۴۱۷: ۳۲۴).

فقطیه دیگر نیز مرابحه را با دو صیغه قابل انعقاد می داند:

الف) صیغه اول به این صورت که واکنایار کننده بگویید کالا را به قیمت خرید معادل فلان مبلغ به اضافه فلان مبلغ به عنوان سود به تو می فروشم.

ب) صیغه ثانی با این عبارت که واکنایار کننده بگویید کالا را به قیمتی که برای من تمام شده به فلان مبلغ به علاوه فلان مبلغ به عنوان سود به شما واگذار می کنم.

ويكى از مزایای انعقاد مرابحة با صيغة دوم، این می داند که: «بعن المراكب بالصيغة الاولى لا يصح الا في انتقال المتعاق الى البائع بصيغة البيع دون مثل البهء المعتبره و الصلح و نحوها و أما الصيغة الثانية فيفصح المراكب بما في الجميع ولو انتقل المتعاق الى البيع بصيغة القرض او البهء المشروطه بالغوص فربما أصل بيع المراكب فيه لا يخلو عن اشكالاً» (قى، سيد تقي طباطبائى، ١٤٢٣: ٤٣٦).

٢. «البيع هو انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي»  
(طوسى، أبو جعفر، ١٣٨٧)

متومن 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، عرضه‌کنندۀ و متقاضی بسته کنند.

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

مراقبه 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. درواقع این قرارداد جدید قراردادی جامع‌تر و گستردگر از بیع و اجاره و انتقال تعهدات بوده، به این دلیل که واگذارکنندۀ قیمت تمام‌شده مال یا خدمت تحصیل‌شده را به اطلاع متقاضی می‌رساند و آن را با افزودن سود (ربح) مشخص به وی واگذار می‌کند، مراقبه 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 مراقبه را باید با قواعد این گونه عقود در کنار هم قرار داد تا خلاصهای موجود پُر و نواقص آن تکمیل شوند.

کرده است که خواننده چنین احساس می‌کند، تنظیم‌کنندگان این مقررات مراقبه 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، مراقبه ماهیتاً بیع بوده است.<sup>۱</sup> همچنین دستورالعمل یادشده در بیان شرایط اختصاصی صحت این عقد، عمدتاً شرایطی را برشمehrde است که فقهاء و قانون‌مدنی در باب شرایط صحت عقد بیع نیز بیان کرده‌اند.<sup>۲</sup>

این نظر با همه قوت و جذابیتش با اشکالی اساسی روپرور 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 آیین نامه هیئت‌وزیران و نیز دستورالعملهای تنظیمی از سوی سازمان‌ها نمی‌تواند در مخالفت با قوانین مصوب مجلس قرار گیرند (اصول هفتاد و دوم و یکصد و سی هشت قانون اساسی). همچنین طبق اصول حقوقی ما<sup>۳</sup> 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 صریح ترین الفاظ ممکن به «تمیلیک عین به عوض معلوم» تعریف کرده است (ماده ۳۳۸ ق.ق.). قید واژه «عین» در این عبارت قانونی حتی با موسوعه ترین تفسیرهایی که از سوی حقوق‌دانان ما به منظور رفع محدودیت‌های موجود انجام پذیرفته است (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴: ۲۴)، اگر نگوییم مشکل ما را درخصوص 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

## شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد مراقبه

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

درخصوص مراقبه نیز باید دقیق تر با توجه به ماهیتی که برای قرارداد مراقبه در نظر گرفتیم، آنچه از شرایط اختصاصی قرارداد مراقبه مورد نظر ماست، همان شرایطی است که به شیوه انعقاد قرارداد به صورت مراقبه بر می‌گردد و گزنه بسته به اینکه قرارداد مراقبه ناظر به قرارداد بیع (انتقال عین)، قرارداد اجاره

۱. ماده ۱۰: بانک‌ها موظف‌اند قبل از اقدام به تهیه اموال و خدمات، مباردت به دریافت درخواست و تعهد کتبی متقاضی مبنی بر خرید اموال و خدمات نمایند.

۲. برای مثال «شرط وجود اموال و شرط لزوم مالکیت عرضه کننده بر موضوع مراقبه هنگام انعقاد قرارداد مراقبه» (برای توضیح بیشتر ر.ک به مطالب بخش دوم از همین نوشتار).

۳. اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی: «قضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیاید و اگر نیاید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی افتخاری، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

به منظور تبیین دقیق‌تر موضوع باید گفت، درباره علت بر شمردن چنین شرطی در میان شرایط اختصاصی قرارداد مرابحه<sup>۱</sup> دو لیل را می‌توان بیان کرد:

این امر بیش از هر چیزی با توجه به پیشینه فقهی این قرارداد بوده است. درواقع با توجه به اینکه بسیاری از فقهاء 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 فقهاء و حقوق‌دانان<sup>۲</sup> ما درخصوص وجود مبيع 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 مقاضی واگذار می‌کند، چنین شرطی را به عنوان یکی از شرایط اختصاصی صحت خود قرارداد مرابحه بر شمرده است. درنتیجه 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.

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 رأس‌المال 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 مقصد واضعین مقررات نزدیک‌تر و بنابراین 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 آزار آنچه که همچون

(انتقال منفعت اموال) یا انتقال تعهدات، اجاره اشخاص، جuale یا صلح (انتقال خدمات) باشد، باید افزون بر شرایط اختصاصی قرارداد مرابحه، به شرایط اختصاصی عقد پایه توجه کرد.

با در نظر گرفتن این مقدمه، شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد مرابحه را باید مجموع شرایطی دانست که رعایت نکردن آنها موجب انعقاد نشدن عقد پایه با صفت مرابحه می‌شود. در ادامه به شرایط اختصاصی صحت قرارداد مرابحه اشاره شده است.

## لزوم موجود بودن موضوع مرابحه در زمان انعقاد قرارداد

موجود بودن موضوع قرارداد بیع در زمان انعقاد قرارداد مطابق ماده ۳۶۱ ق.م. امری ضروری شناخته شده است. طبق این ماده، «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبيع وجود نداشته، بیع باطل است». البته با نگاهی دقیق به الفاظ به کار رفته در این ماده این گونه برداشت می‌شود که وجود مبيع در دو مورد از شرایط صحت عقد بیع نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۰۶).

در مواردی که مبيع کلی باشد، در این مورد لزومی ندارد فروشنده در هنگام انعقاد عقد مصادقی از آن را داشته باشد و درواقع مفهوم مخالف این ماده ما را به این نتیجه می‌رساند.

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

عبارت «معلوم شود که مبيع 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 مبيع در زمان انعقاد می‌جود نداشته است. نکته مهم آن است که این قاعده شامل تمامی قراردادهای ناظر به انتقال عین معین بوده، منحصر به بیع نیست (کاتوزیان، 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:

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

۱. با مراجعه به مقررات دستورالعمل اجرایی قرارداد مرابحه دیده می‌شود که این شرط در این مقررات نیز به صراحت و به صورت عام بیان شده است.

در تبصره ماده ۱ دستورالعمل اجرایی مرابحه آمده است: «اموال موضوع قرارداد مرابحه باید در هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد».

۲. «در موردی که مبيع عین معین یا در حکم آن است، باید هنگام عقد موجود باشد، خرید و فروش مال معین که وجود خارجی ندارد، باطل است؛ زیرا در این مورد عقد تمیلکی است و مبيع باید موجود باشد تا بتواند مورد انتقال گیرد» (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴: ۱۰۵).

۳. تعهد پژشك به معاینه یا تعهد یک تقاضا به تقاضی ساختمان یا اتومبیل،

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 معدهوم را نمی‌توان منتقل کرد. همچنان که بیان کردیم، اساساً طبیعت قرارداد مرابحه اقتصادی آن را دارد که کالا یا خدمتی که موجود است، ابتدا تحصیل و سپس با سود مشخص واگذار شود. با این بیان، تحصیل امر معدهوم و سپس واگذاری آن با سود مشخص، امکان‌پذیر نخواهد بود.

ب) تنظیم‌کنندگان دستورالعمل درخصوص درج واژه خدمات در کنار اموال دچار سهو و فراموشی شده‌اند.

از این استنتاج درصورتی می‌توان دفاع کرد که تبصره‌ای که درباره آن بحث می‌کنیم، درحال دستورالعمل و با فاصله از ماده ۱ آن بیان می‌شد. به عبارت دیگر، بعد است تنظیم‌کنندگان در ماده اول «اموال و خدمات» را به عنوان 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 متابه 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:

خدمات مورد نظر انجام شده باشد.

برای نمونه پژشك پس از معاینه بیمار، درواقع 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 انتقال یافتنی 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، درواقع پژشك با دریافت هزینه ویزیت،

اعیان و کالاهای ملموس دیدنی نیستند، وجود خارجی معنا ندارد، بنابراین باید وجود را درباره این موارد بررسی کنیم.

درخصوص وجود منافع، به دو مسئله باید توجه کرد: 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، ۱۳۸۴: ۳۶۰).

منافع نتیجه تراوش تدریجی اعیان بوده، به همین دلیل در طول زمان هستی می‌باشد. 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 منافعی 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 باقی مانده، منافع ناموجود، و بنابراین با وحدت ملاک از ماده ۴۸۱ ق.م در باب اجراء، مرابحه درخصوص انتقال آن بخش از منافع معدهوم، باطل خواهد بود.

درخصوص 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<sup>۱</sup> 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».

نمونه‌هایی از خدمات (منافع اشخاص) هستند که استفاده از کارت‌های اعتباری مرابحه، تحصیل و انتقال آن را میسر می‌سازد؛ بدین نحو که مشتریان بانک به نمایندگی از بانک، به وسیله اعتباری که بانک در کارت مرابحه و در اختیار مشتری قرار داده است، این تعهدات را به نفع بانک تحصیل کرده، سپس بانک با افزودن مبلغی سود به قیمت تمام شده تحصیل این گونه خدمات. حق خود را بر انجام چنین تعهداتی از سوی متعهدین (نقاش یا پژشك و یا غیره) به مشتری واگذار می‌کند.

۱. «تعهد رابطه‌ای است حقوقی که نتیجه آن انتقال مال (اعم از پول یا کالا) یا انجام دادن فعل یا ترک فعل معین یا اسقاط یک اثر حقوقی باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۵۹).

شرطی در حدیث معروف پیغمبر اسلام(ص) در پاسخ به پرسش شخصی به نام حکیم بن حرام است که فرموده‌اند: «لَا يَعْلَمُ مَا لَا يُنْتَهِي».<sup>۱۴۰۹</sup> 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 اعلام مبلغ تمام شده و افزودن سود مشخص به متقاضی واگذار می‌کند. برای نمونه ممکن است قرارداد جعله را با وصف مرابحه منعقد کند یا منفعت شخص (اجاره اشخاص) را به صورت مرابحه انتقال دهد و می‌دانیم در هیچ‌یک از این قراردادها مالکیت منتقل نمی‌شود. همچنین درخصوص مرابحه‌ای 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 مصدق اعیان کلی دقیقاً تعیین نشده باشد، داشتن مالکیت بر آن بی معناست (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۳)، بنابراین می‌توان چنین مرابحه‌ای را صحیح دانست البته در صورتی که ثمن آن کلی نباشد تا مشمول عنوان معامله کالی به کالی قرار گیرد.

با این توضیح، تحصیل مالکیت که در متون فقهی آمده است، شرط ناظر به انتقال اعیان معین و در پرتو قرارداد بیع بوده است، شرط «تحصیل موضوع قرارداد مرابحه قبل از انعقاد آن»، با «تحصیل مالکیت» به منصة ظهور می‌رسیده است، بنابراین دیگر موضوع‌های قراردادهای تمیلیکی (یعنی اعیان کلی یا منافع اعیان کلی) و همچنین عقود عهدی از شرط تحصیل مالکیت معاف‌اند، زیرا اساساً تحصیل مالکیت بر موضوع این گونه عقود امکان‌پذیر نیست. برای نمونه اعمال این شرط در بخش خدمات این گونه خواهد بود که عرضه‌کننده (به عنوان نمونه بانک) با انعقاد قرارداد با اشخاص صاحب خدمت (مثلًا نقاش یا پزشک)، صرفاً التراوی بسود خویش و بر دوش طرف قرارداد به دست آورده و با قرارداد مرابحه آن التزام و تعهد به دست آمده را به متقاضی (مشتریان بانک) واگذار می‌کند. این درحالی است که چنانچه عبارت فقهی را مبنی بر لزوم مالکیت عرضه‌کننده بر موضوع قرارداد مرابحه، شرط می‌دانستیم، برای توجیه

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 پرداخت کننده 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 درخصوص 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، هم خوانی کامل دارد؛ زیرا وقتی شیوه انعقاد قرارداد پایه به شکل مرابحه، اقتضای مواردی چون تحصیل، واگذاری، معلوم بودن رأس المال و شروط دیگر بیان شده 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، درخصوص 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 مشخص سود» است. بنابراین نمی‌توان رکن اساسی این قرارداد را که «تحصیل قبل از واگذاری» است، نادیده گرفت.

در متون فقهی از جمله شروعی که در نوشه‌های فقهی در عقد بیع (و بنابراین بیع مرابحه) بیان شده است، «لزوم مالکیت هریک از فروشنده و مشتری بر آنچه با بیع منتقل می‌نمایند» بوده<sup>۱</sup> 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، غیرنافذ اعلام کرده است. ریشه چنین

۱. برای نمونه شهید ثانی در بیان شرایط عقد بیع، این شرط را از شرایط لزوم عقد دانسته و چنین مرقوم داشته است: «و يشرط في اللزوم الملك لكل من البائع والمشتري لما ينفه من العوض، أو إجازة المالك فبدونه يقع العقد موقوفا على إجازة المالك، لا باطلاق من أصله على أشهر القولين» (عاملي، شهید ثانی، ۱۴۰۹: ۲۲۹).

شكل گیری عقد مراقبه نزد فقها ریشه دارد. در عقد مراقبه، عرضه‌کننده قیمت تحصیل مال یا خدمت (ثمن معامله اول و هزینه‌هایی که برای تحصیل متحمل شده) و نیز سود موردنظر خود را جدآگانه به طرف مقابل اعلام می‌کند و مجموع این عوامل، ثمن معامله دوم، یعنی مراقبه، را تشکیل می‌دهد. بهنظر می‌رسد چنین شرطی درواقع به لزوم معلوم بودن عوض قراردادی در عقود مغایبی برمی‌گردد؛ زیرا چنانچه هریک از عوامل یادشده (رأس المال، هزینه‌ها و سود) مجھول باشد، درواقع ثمن قرارداد مراقبه مجھول و قرارداد منعقده به دلیل رعایت نکردن بند ۲ ماده ۱۹۰ م. و سوابیت جهل به یکی از عواضین باطل خواهد بود.

در تعریفی که بانک مرکزی و شورای پسوند 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 رأس المال خود را رایگان عنوان کند و به اخذ سود اکتفا نماید؟ (۲،۱،۳،۳) پرسش پایانی اینکه آیا اساساً مراقبه می‌تواند متعاقب یک انتقال قهری (نه عمل حقوقی) صورت گیرد؟ (۳،۱،۳،۳)

### بهای تمام شده موضوع مراقبه

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

بنابراین هزینه‌هایی که مالک پیشین آن (همان عرضه‌کننده فعلی قرارداد مراقبه) برای اصل مال یا هزینه‌هایی که برای انتفاع شخصی از مال پرداخت کرده است، مطالبه‌شدنی نیست (علام حلی، ۱۴۱۳: ۲۲۰). برای نمونه در قرارداد مراقبه نسبت به یک رأس کاو، غذایی که عرضه‌کننده به گاو مملوک سابق خوش داده تا از آن شیر بیشتری بدشود، اگر در وضعیت فعلی آن حیوان بهبودی

پیش بگیرد، و الثاني المساومه والأخير المأول إما أن يبيع معه برأس المال، أو بزيادة عليه، أو نقصان عنه، والأخير التوليه، والثاني المراقبه، والثالث الموضعه (عامل، شهيد ثانی: ۱۴۱۰: ۴۲۵).

۲. برای نمونه ثمن پرداختی در عقد بیع پیشین که با پرداخت آن عرضه کننده، مالک کالای موضوع مراقبه کنونی شده است.

خدمات که اساساً تملک‌پذیر نیستند، با مشکل روپرتو می‌شdim. درخصوص دلایل گنجاندن چنین شرطی (تحصیل موضوع قرارداد مراقبه پیش از واگذاری) در عقد مراقبه بهنظر می‌رسد: اولاً ثمن و هزینه‌هایی که عرضه‌کننده به فروشندۀ پیشین پرداخت می‌کند، جز درین صورت دقیقاً مشخص نیست و چنانچه قرارداد مراقبه‌ای 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 (موسیان، ۱۳۹۰: ۴۱) و ممکن است صرف‌نظر کردن یا تسامح نسبت به انجام چنین شرطی موجب استفاده از این نوع قرارداد شرعی در راستای منافع ریاخواران شود بدون آنکه هیچ‌گونه پدیده‌ای واقعی در اقتصاد رخ دهد.

به نظر ما این شرط (تحصیل موضوع مراقبه پیش از واگذاری) از شروط مقتضای ذات عقد مراقبه بوده و چشم‌پوشی از آن حتی به صورت توافقی، منجر به بطلان قرارداد مراقبه خواهد شد. در مقررات اخیر تصویب مراقبه نیز این شرط با عبارتی خاص بیان شده است.

مادة ۲ دستورالعمل اجرایی قرارداد مراقبه مقرر داشته است:

«بانک‌ها می‌توانند به سفارش و درخواست متقاضی مبادرت به تهییه و تملک این اموال و خدمات نموده و سپس آن را در قالب عقد مراقبه به متقاضی واگذار نمایند».

با در نظر گرفتن مراتب بالا، گویا ماده ۲ دستورالعمل نیز که از دو واژه «تهییه 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 «تهییه» را برای دسته خدمات و اعیان و منافع عین کلی مدنظر قرار داده است.

### بیان بهای تمام شده تحصیل اموال و خدمات

از آنجا که قرارداد مراقبه در پی یک عمل حقوقی و بر مبنای آن منعقد می‌شود، در درجه اول بر عهده عرضه‌کننده است که متقاضی را درخصوص بهای تمام شده تحصیل موضوع مراقبه 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 رأس المال برمی‌گردد. اکنون به ترتیب و با دقت نظر این موارد را بررسی می‌کنیم.

**لزوم اطلاع متقاضی از بهای تمام شده اموال و خدمات**  
لزوم چنین شرطی در مبنای تقسیم‌بندی عقد بیع در فقه<sup>۱</sup> و اساس

۱. أقسام البيع بالنسبة إلى الأخبار بالثمن وعدمه، وهو أربعه أقسام لأنه إما أن

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 مرابحه به آن افزود. اما اگر هزینه‌های تعذیه باعث بهبود وضعیت آن حیوان به نحو پایداری شده باشد و درواقع قیمت آن حیوان را نسبت به نظاریش افزایش داده باشد، می‌توان این هزینه‌ها را نیز جزء هزینه‌های تحصیل عنوان کرد.

**اموال انتقال یافته به مالک (عرضه‌کننده) از طریق انتقال قهری**  
آیا مرابحه می‌تواند متعاقب یک واقعه (نه عمل حقوقی) صورت گیرد؟ برای نمونه شخصی که اتومبیلی از پدرش به او ارث رسیده (قهرًا به وی منتقل شده است)، آیا می‌تواند آن را در قالب عقد مرابحه به دیگری منتقل کند؟  
در متون فقهی و نیز تأثیفات حقوقی برخی حقوق دانان کشورهای عربی آمده است، چنانچه شخص عرضه‌کننده شیئی را به میراث مالک شده باشد و به قیمت عادله، تقویم و سپس بر اساس آن قیمت، قرارداد مرابحه منعقد کند، اشکالی وجود ندارد و به دلیل آنکه وی در گفتار خود صداقت را رعایت کرده، عقد مرابحه منعقده صحیح خواهد بود (سمر قندي، ۱۴۰۵: ۱۰۹).  
به نظر می‌رسد با توجه به آنچه در بالا درخصوص واگذاری اموالی که به صورت غیرمعوض به شخص عرضه‌کننده رسیده است، بیان کردیم، با همان استدلال، امکان واگذاری در قالب قرارداد مرابحه به متقاضی وجود نداشته باشد. همچنین از آنجا که برای بانک‌ها چنین موردی پیش نمی‌آید، چنین امری در آینه نامه پیش‌بینی نشده و از واژه «تحصیل» استفاده شده است و لذا آنچه بانک‌ها به مرابحه واگذار می‌کنند، قاعده‌تاً به صورت معوض تحصیل شده و دارای قیمت پایه است.<sup>۲</sup>

**رعایت شرط صداقت و صحت در اخبار قیمت تمام شده**  
رعایت شرط صداقت به آن دلیل است که قرارداد مرابحه همچون قراردادهای وضعیه و تولیه از اقسام بیع‌های مبتنی بر امانت (بیوع الامانه) است.<sup>۳</sup>

به بیان دیگر، از آن جا که عقد مرابحه عقدی بر مبنای اعلام عرضه‌کننده است، لذا بر عرضه‌کننده لازم است که در نهایت صداقت و صحت آنچه که لازم است، به متقاضی اعلام کند. بنابر

**تحصیل غیرمعوض موضوع مرابحه از سوی عرضه‌کننده**  
اگر شخص کالایی را به صورت غیرمعوض به دست آورد، آیا می‌تواند آن را در قالب عقد مرابحه منتقل کند؟ این پرسش از آجای مطرح می‌شود که چنانچه بیان شد، در عقد مرابحه واگذارکننده باید هزینه‌های 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 فقهاء برآن اند که در چنین صورتی امکان واگذاری کالا به صورت قرارداد مرابحه صحیح نیست، حتی اگر قیمت عرف را، کمتر یا بیشتر، به عنوان قیمت پایه بیان کند؛ مگر اینکه طرف معامله را از چگونگی به قیمت اوردن آن آگاه سازد. در این صورت می‌توانند 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 مرابحه واگذار کند.  
فارغ از درستی یا نادرستی چنین استدلالات نظری، گویا نهاد مرابحه برای چنین فرض‌هایی طراحی نشده است. نهاد مرابحه 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 مرابحه فقط بخشی از ثمن ربح است نه تمام ثمن معامله.

۱. «لو انتقل إلهه بغير عوض، كالهبة، لم يجز بيعه مرابحه، سواء قوهماً متساوياً أو أزيداً أو أقلها، إلا أن بين الحال في ذلك، ولا يمكنني بيان قدر الفرق من غير تعريف الحال و لو أتجنب بشرط الثواب ذكره وباع به مرابحه، فإن كان قد بين ذلك للمشتري، جاز، وإنما لا» (علام حلّي، ۱۴۱۳: ۲۴۰).

<sup>۲</sup> «و هو من "بیوع الامانه"، لأن البائع مؤمن فيه في إخباره عن المٌن الذي اشتري به». ( محمود عبدالرحمان، بی، تا، ۴۸۶).

ماده ۴۳۸ ق.م بهره برده‌اند، قصد فریب و عمد را در تدلیس بی‌اهمیت بدانیم (وصیاء، ۱۳۷۱: ۳۵۶)، در چنین فرضی مستند خیار فسخ در موضوع بحث ما تدلیس خواهد بود.

۲. درصورتی که قائل به نظر مشهور نویسنده‌گان حقوق مدنی باشیم (کاتوزیان، 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 تمام‌شده در قرارداد مرابحه عمدى و مورد قصد عرضه کننده بوده باشد، می‌توان آن را مصادقی از تدلیس دانست. اما در جایی که قصد فریب وجود نداشته باشد، امکان فسخ چنین قرارداد مرابحه‌ای را می‌توان مستند به خیار تخلف از شرط نیز دانست، زیرا بای ضمنی دو طرف در هنگام انعقاد قرارداد مرابحه آن بوده است که طرفین در گفتار خود صداقت را رعایت کرده، قیمت‌های واقعی را بیان کنند. همان‌طور 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 یادشده شرط صفت بوده است، زیرا مطابق ماده ۲۳۴، شرط صفت عبارت است از شرط درباره کیفیت یا کمیت مورد معامله و همان‌طور که می‌دانیم 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 موجب خواهد شد کسی که شرط به نفع او شده است، خیار فسخ داشته باشد.

استناد به خیار تخلف از شرط صفت، در مواردی که اعلام قیمت تمام‌شده موضوع قرارداد مرابحه ناصحیح بوده است، از خیار تدلیس عامتر است؛ زیرا افزون بر موردي که عرضه کننده عالماً و عامداً قیمت رأس‌المال را درست بیان نمی‌کند، موردي که وی قیمت را از روی فراموشی یا اشتباه، بیش از مبلغ واقعی اعلام کرده است، نیز شامل می‌شود.

با پذیرفتن تخيیر برای متقاضی، این پرسش مطرح است که آیا اعمال حق فسخ وی مشروط به بقای موضوع معامله نزد وی است یا خیر؟ به نظر می‌رسد با وحدت ملاک از ماده ۲۸۶ ق.م و با توجه به اینکه مقتضی فسخ موجود بوده است و اصل استصحاب آن را باقی می‌داند و اینکه تلف موضوع مرابحه، صلاحیت انتفاع استصحاب را ندارد، می‌توان قائل به عدم شرطیت بقای موضوع معامله نزد فاسخ شد. بزرگان فقه ما نیز بر همین نظر پایبندند (عاملی، ۱۴۱۰: ۴۳۲).

درخصوص رعایت شرط صداقت، مسائل ذیل نیز را می‌توان

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 مرابحه صحیح است و صرفًا 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 نگهارد. استدلال این نظر آن است که اولاً مستند قراردادن حق فسخ در اینجا، اگرچه بنا به وجود اجماع باشد، حداقل در موقعی که عمد و کذبی در کار نبوده است، از جنس هیچ‌یک از خیارات شناخته شده نیست و مناقشه‌پذیر می‌باشد (صاحب جواهر، بی‌تا: ۳۱۸؛ ثانیاً مقتضای عقد مرابحه 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 مرابحه 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 (عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۴۳۲).

بیشتر فقهاء در فرض اعلام ناصحیح قیمت تمام‌شده از سوی عرضه کننده، متقاضی را دارای دو راهکار برای جبران ضرر خویش می‌دانند (عاملی، ۱۴۱۰: ۴۳۱):

به علت مغورو شدن قرارداد مرابحه را فسخ کند؛  
قرارداد مرابحه را با همان ثمن و سود بیان شده باقی نگهارد.  
همان‌گونه که بیان شد، فسخ قرارداد مرابحه در چنین مواردی از نظر این عده از فقهاء، مستند به «قاعده غرور» دانسته شده و ظاهراً مشتری از اعلام اشتباه زیان دیده است. طبق گفته بیشتر فقهاء در قاعدة غرور، فریب خوردن (مغورو شدن) شخص مغورو شرط است؛ اما قصد فریب از سوی غار یا شخص موجب غرور شرط نیست (محقق دمامد، ۱۳۸۹: ۱۷۰). بر همین اساس، چه عرضه کننده در اعلام قیمت فراتر از قیمت تمام‌شده عمد داشته و چه نداشته باشد، متقاضی متضرر از این امر، مشروط به نداشتن علم، مغورو شده و می‌تواند قرارداد را فسخ کند. با توجه به اینکه قاعدة غرور در حقوق امروزی به طور مستقل در شمار خیارات نیست، درخصوص اینکه در حقوق امروز چنین خیاری را می‌توان به استناد کلام یک از خیارات دانست، می‌توان قائل به تفکیک شد:  
۱. اگر همان‌گونه که برخی نویسنده‌گان قانون مدنی از اطلاق

با دقتش 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 درخصوص خرید نسیه‌اش سکوت کند، اگرچه مرابحه نافذ باشد، مشتری بعد از علم به این امر به دلیل تدلیس یا تخلف از شرط ضمیمی، خیار فسخ خواهد داشت. زیرا اعلام این امر به مقاضی ممکن بود در انعقاد مرابحه یا قیمت مورد توافق مؤثر باشد.

۲. اگر عرضه‌کننده در قرارداد سابقش مال یا خدمتی را مثلاً ۱۰۰۰ تومان خریده، اما پس از انجام معامله فروشنده از گرفتن ۱۰۰ تومان آخر ثمن معامله منصرف شده باشد، درخصوص این پرسش که عرضه‌کننده آن کالا باید چه قیمتی را به عنوان قیمت تحصیل کالا به مقاضی بیان دارد، به نظر می‌رسد 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 عرضه‌کننده حق ندارد قیمت تحصیل را قیمت پیش از تخفیف (۱۰۰۰ تومان) عنوان کند.

ماده ۳ دستورالعمل اجرایی قرارداد مرابحه درخصوص تهیه کالا یا خدمات مورد تقاضای مشتری با تخفیف از سوی بانک‌ها مقرر داشته است: «بانک‌ها می‌توانند در چارچوب عقد مرابحه با اخذ تخفیف از تولیدکنندگان یا عرضه‌کنندگان اموال یا خدمات، نسبت به واگذاری آن به مقاضیان 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 برخلاف فرض تخفیف، ثمن بر مبلغ شخصی واقع می‌شود اما عرضه‌کننده پس از توافق و انعقاد عقد، طرف مقابل را از پرداخت مبلغ معاف می‌کند. 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. درین صورت بر عرضه‌کننده لازم نیست که قیمت نهایی (۹۰۰ تومان) را به مقاضی بگوید و ذکر ثمن توافق شده در معامله (۱۰۰۰ تومان) صحیح است، زیرا آنچه بر عرضه‌کننده لازم بوده، همانا آگاه بودن از ثمن است و عارض شدن قیمت کمتر به واسطه ابر، ثمن را تغییر نداده و در فرض ما اخبار به ثمن محقق شده است (علمه حلی، ۱۴۱۴: ۲۲۴).

**فقیهی دیگر نیز در علت این فرض این گونه استدلال کرده است که چنانچه انصراف عرضه‌کننده از مقداری از مبلغ، پس از لزوم عقد باشد، درواقع هبة جدیدی است که به نفع مشتری انجام شده و گرنه ثمن همان است که بر سر آن توافق شده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۴۴). چنین نظری می‌تواند با شرط صداقت تمام و کمال عرضه‌کننده منافات داشته باشد، زیرا درواقع آنچه در این فرض رأس‌المال تلقی شده، ثمن‌المسمي معامله است نه مبلغ تمام‌شده برای عرضه‌کننده (زیرا مبلغ تمام شده تحصیل کالا در واقع ثمن‌المسمي منهای مبلغ ابرا است).**

۳. اگر شخصی از مدونش 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 می‌رسد چنانچه صلح وی بر مبنای تسامح باشد، حق ندارد دین خود را رأس‌المال معروفی کند (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۴۴)؛ زیرا این گونه صلح‌ها بر مبنای مسامحة و تخفیف بوده، معمولاً نمی‌توان آن را به عنوان قیمت تحصیل (که متادر از آن قیمت واقعی و عرفی یک کالاست)، اساس قرارداد مرابحه قرار داد. البته به نظر می‌رسد در صورت آگاهی عرضه‌کننده از اوضاع و احوال، به گونه‌ای که در این موضوع رفع جهل از مقاضی شود، مانع برای نفوذ مرابحه نسبت به این کالا بر اساس همان رأس‌المال وجود نداشته باشد.

در این فرض آنچه ملاک نظریه فقیه قرار گرفته است، مبلغ واقعی کالاست نه ثمن‌المسimi، زیرا در این فرض ثمن‌المسimi در واقع طلبی (مثلاً ۱۰۰۰ تومان) بوده، اما به دلیل آنکه صلح مبتنی بر مسامحة بوده، کالایی با قیمت پایین‌تر (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. درواقع در فرض اول ثمن‌المسimi (بدون در نظر گرفتن ابرای بعدی از سوی فروشنده سابق و قیمت پایین‌تر) به عنوان رأس‌المال در نظر گرفته و مقبول شناخته می‌شود؛ اما در فرض دوم هزینه واقعی تحصیل کالا ملاک رأس‌المال قرار داده شده است و ثمن‌المسimi را ملاک رأس‌المال نمی‌داند.

به نظر می‌رسد چنانچه درخصوص فرض اول (شماره ۲) قائل به تفکیک شویم، دو نظر (شماره‌های ۲ و ۳) تا حدی به یکدیگر نزدیکتر می‌شوند:

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

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.

### اعلام میزان دقیق سود در خواستی

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

میزان سود در خواستی ممکن است به دو شیوه تعیین شود: 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 ریح یا سود) در قالب قرارداد مراقبه بگیرد.

۲. سود مورد توافق جزیی از رأس المال قرارداده شود، چنان‌که سود هر ۱۰ هزار ریال از رأس المال ۱۰۰ ریال قرارداده شود. توافق به این نوع از سود از قدیم به مراقبه «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، 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 مراقبه بصورت سود) است، چنین شیوه‌ای از تعیین، کافی و صحیح دانسته شده است!

بانک‌ها معمولاً سود در خواستی را به صورت تابعی از میزان رأس المال (شیوه دوم) مشخص می‌کنند. ممکن است در قرارداد با کسی صراحتاً درصد سود بیان نشده باشد و پس از اعلام قیمت رأس المال طبق پیش‌فکتور ارائه شده (مثلاً ۱۰ میلیون ریال)، به طور مستقیم بیان شود که این اموال در پیش‌فکتور، پس از

۱. «احتمال دارد رقم نهایی و کامل ثمن در بیع معین نشود، ولی دو طرف درباره ارکان و شیوه محاسبه به توافق برسند. در این فرض آنچه باقی می‌ماند محاسبه‌ای ریاضی و تغییر ناپذیر است و به همین جهت با لزوم تعیین ثمن در قرارداد منافات ندارد. برای مثال، اگر قطعه زمین مخصوصی به بهای متری ۱۰ هزار ریال فروخته شود، نمی‌توان ادعا کرد که ثمن در قرارداد مجهول مانده است. چنین بهایی در حکم تعیین شده است و عرف به مسامحه از این اندازه جهل می‌گذرد و آن را سبب «غیر» نمی‌بیند» (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴: ۱۵۰-۱۵۱).

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

۴. چنانچه عرضه‌کننده در قرارداد سابقش ثمن معامله را طلبی که از دیگری داشته است، قرارداده 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 مراقبه را منعقد کند (سمرقدی، علاءالدین، ۱۴۰۵: ۱۰۸). در صورت اعلام نکردن این امر هیچ‌گونه تخلفی که عقد مراقبه 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، ۱۳۸۵: ۴۱۸).

### مثلی بودن رأس المال

منظور از رأس المال عوضی است که در عقد سابق، موضوع قرارداد مراقبه فعلی به تملک عرضه‌کننده فعلی درآمده است.

از جمله شرایط قرارداد مراقبه که در برخی کتب اهل سنت به آن اشاره شده، آن است که رأس المال از اموالی باشد که اشیاء و نظایر آن وجود داشته باشد (الزحلی، 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 درخصوص چنین اموالی نمی‌توان قیمت مشخصی را تعیین کرد و نیز به این دلیل که حتی اهل تقویم نیز در قیمت گذاری این اموال به اختلاف افتاده، قیمت‌های متفاوتی پیشنهاد می‌دهند (الزحلی: ۱۴۰۵: ۷۰۶)، لذا واگذاری کالاهایی که عوضشان چنین اموالی بوده است، به صورت مراقبه ممکن نیست. با توجه به ذات و اوصاف مراقبه، چنین دیدگاهی قابل تأیید است.

چنین اشکالی در فرض مثلی بودن ثمن وجود ندارد، زیرا در این فرض نیازی به قیمت گذاری نیست و متقاضی می‌تواند با تهیه و پرداخت کالای مثلی (نه قیمت آن) به عنوان ثمن قرارداد قبلی به انضمام سود مورد تراضی، مراقبه را به نحو کاملاً صحیح و غریب 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

## بحث و نتیجه‌گیری

قرارداد مرابحه به عنوان قراردادی با قدمتی همیای 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 مبلغ مشخص به عنوان سود، موضوع قرارداد را به وی انتقال می‌دهد. از نظر 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 قراردادها 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 مبنای 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 روشهای برای انعقاد قراردادهای مختلف معاوضی است) مدد نظر قرار داده است. بنابراین برای انعقاد قراردادی بهصورت مرابحه، به جز رعایت شرایط عمومی قراردادها، رعایت دو دسته از شرایط اختصاصی لازم است: شرایط اختصاصی مربوط به قرارداد پایه (مثلًاً بیع، اجاره، جعله و غیره)، و شرایط اختصاصی مربوط به قرارداد مرابحه که به آن اشاره شد.

## منابع

- اوшибاء، دکتر پرویز (۱۳۷۱). تدليس (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، انگلیس، اسلام و ایران)، تحوّلات حقوق خصوصی. چاپ دوم. انتشارات دانشگاه تهران.
- الزحلی، وهیه (۱۴۰۵). الفقه الإسلامي و ادله. جزء الرابع (نظريات الفقهية والعقود). چاپ دوم. دمشق: انتشارات دارالفکر.
- بحرانی، آصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵). الحدائق الناضره في أحكام العترة الطاهرة. جلد ۱۹. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات

خرید و تملک بانک، با قیمت ۱۱ میلیون ریال به مقاضی 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 به دست 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.

## 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 (الزحلی، 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 مخدوش باشد، درواقع موضوع قرارداد مرابحه به درستی تحصیل نشده است و بر همین مبنای است 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.

- عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۰۹). رسائل المحقق الکرکی. جلد ۱. چاپ اول. قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی.
- قمعی، سید تقی طباطبائی (۱۴۲۳). الدلائل فی شرح منتخب المسائل. جلد ۴. چاپ اول. قم: کتابفروشی محلاتی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). عقود معین. جلد ۱. چاپ نهم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- (۱۳۸۵). عقود معین. جلد ۴. چاپ پنجم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- (۱۳۹۲). قواعد عمومی فراردادها. جلد ۱. چاپ هفتم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گروه گردآورندگان به سرپرستی میرجلال الدین کزازی (۱۳۹۰). واژه نامه پارسی سره. چاپ اول. تهران: انتشارات فرهنگستان زبان پارسی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۹). قواعد فقه (بخش مدنی؛ مالکیت، مسئولیت). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمد عبد الرحمن (بی‌تا). معجم المصطلحات والآلفاظ الفقهیه. جلد ۳.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵). انوار الفقاہة (کتاب البيع). جلد ۱. قم: مدرسه‌الامام‌علی‌بن‌ابی‌طالب‌علیه‌السلام.
- موسویان، سید عباس (پاییز ۱۳۹۰). «امکان‌سنگی کاربرد مرابحه در بانکداری بدون ریا». فصلنامه روند پژوهش‌های اقتصادی. سال نوزدهم. شماره ۵۹.
- (زمستان ۱۳۸۶). «اطراحی کارت‌های اعتباری در بانکداری بدون ربا براساس بيع مرابحه». فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی. سال هفتم. شماره ۲۸.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۱). کتاب البيع (لإمام الخميني). دوره ۵ جلدی. جلد ۱. چاپ اول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سرہ.
- (۱۳۷۶). استفتایات جدید. جلد ۱. قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸). دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت. جلد ۱. چاپ اول. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- (۱۳۸۶). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. جلد ۵. چاپ سوم. تهران: انتشارات گنج دانش.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهروdi، سید محمود هاشمی (۱۴۱۷). معجم فقه الجواهر. جلد ۵. چاپ اول. لبنان: الغدیر للطبعاء و النشر والتوزيع، بيروت.
- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴). تذكرة الفقهاء.
- (ط - حدیثه). جلد ۱. قم: مؤسسه آل‌البیت‌علیه‌السلام.
- حمداد، نریه (۱۴۲۹). معجم المصطلحات المالي هو الاقتصادیة في لغة الفقهاء. چاپ اول. دمشق: انتشارات دارالقلم.
- سیزوواری، محقق، محمد باقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳). کفایة الأحكام.
- جلد ۱. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۳). حقوق بانکی. چاپ دوم. تهران: انتشارات میزان.
- سمرقندی، علام الدین (۱۴۰۵). تحفۃ الفقهاء. جلد ۲. چاپ اول. بیروت: دارالكتب العلمیه.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر (بی‌تا). معجم فقه الجواهر. جلد ۵. مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی. بیروت: انتشارات الغدیر، بیروت.
- (بی‌تا). جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام. جلد ۲۳. تهران: انتشارات دار الكتب الإسلامية.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی. جلد ۱ (اشخاص و اموال). چاپ چهارم. تهران: انتشارات میزان.
- طوسی، ابو‌جعفر، محمدبن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه.
- جلد ۲. چاپ سوم. تهران: المکتبه المركظویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- عاملی، شهید ثانی زین الدین بن علی (۱۴۱۰). الوضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحتوى، کلاتر). جلد ۳. چاپ اول. قم: کتابفروشی داوری.