

Jurisprudential analysis of the contract used in bank murabahah facilities

Mehdi Khatibi* 

Associate Professor, Imam Khomeini Education and Research Institute, Qom, Iran.

Email: m.khatibi@iki.ac.ir



Citation Khatibi, M. (2026). Jurisprudential analysis of the contract used in bank murabahah facilities . EGHTESED-E ISLAMI (A Quarterly Journal on Islamic Economics). 26 (103): 127-155

 [10.22034/iec.2026.2066430.2903](https://doi.org/10.22034/iec.2026.2066430.2903)

Received: 20 November 2025 , Accepted: 24 May 2026

Abstract

The Murabahah contract is one of the contracts regulated by the Central Bank, which has been used in the banking system for ten years within the framework of upstream laws and instead of usurious loans. The use of complex and legal terminology in its formulation, as well as its relatively lengthy text, has led to its provisions being less subject to jurisprudential scrutiny. The present study, within the framework of the ijthihad method, using a descriptive-analytical method and adopting a critical approach, has subjected the aforementioned contract to jurisprudential scrutiny. First, the basis for adopting a standard fatwa in banking contracts and some other necessary foundations were discussed, and then the jurisprudential problems of the contract were extracted. The results of the research indicate that the Murabahah contract used in the banking system faces certain problems, including that, as interpreted in the banking system, it is nothing more than an agreement or power of attorney, and signing it does not create any obligation for the parties to adhere to its provisions. To resolve this issue, the contract can be interpreted or modified in such a way that it becomes a sales contract. In clearer terms, the bank sells the subject matter of the contract to the customer in general terms (on a fi al-dhimmah basis); then, either directly or by granting power of attorney to the customer, it proceeds to purchase and deliver it. Relying solely on signing the contract instead of oral formulation (inshā), as well as obtaining a purchase commitment from the customer, are among the other problems of the contract. In this article, suggestions have been made to address these problems, and some existing proposals have also been reviewed.

Keywords

Murabahah facilities, interest-free banking, Islamic banking, Islamic economics.



Extended Abstract

Introduction

In the banking system of the Islamic Republic of Iran, according to the Law on Usury-Free Banking Operations, banks are required to avoid usury and use Sharia-compliant contracts to provide financing. This law identifies nine contracts as legitimate: Qarz al-Hasan, Mudarabah, Musharakah, Salam, Installment Sale, Ijarah with Option to Own, Javaleh, Muzara'ah, and Musaqat. In 2011, the Cabinet added three new contracts—Istisna, Murabaha, and Debt Purchase—to the list of banking facilities. Since Murabaha covers Installment Sale, the latter was removed, bringing the total number of contracts to twelve. Prior to 2013, each bank drafted its own contracts independently, but thereafter, the Central Bank standardized contract forms and issued official versions for all banks. The Murabaha contract, consisting of 24 articles and 9 clauses, was drafted with a legal approach and in an attempt to comply with Islamic jurisprudence. However, a descriptive-analytical and ijthadi review indicates that despite the care of the drafting team, some jurisprudential issues remain. Continuous revision of this contract is necessary to ensure full compliance of Islamic banking operations with Sharia principles.

Research Methodology

The present study was conducted using an ijthadi methodology with a descriptive-analytical approach. In order to understand the existing situation, the clauses of the Murabaha contract published by the Central Bank of the Islamic Republic of Iran were analyzed and subsequently evaluated within the framework of jurisprudential principles and through the use of library resources. Reformative and complementary suggestions were also presented in fidelity to the ijthadi method and with reference to Imamiyyah jurisprudence. Since laws, directives, and bylaws in the Islamic Republic of Iran must be attributable to Sharia, an effort has been made to articulate the theoretical framework of this attribution in the form of underlying assumptions and to take it into consideration throughout the discussion.

Research Findings

The Murabaha financing contract drafted by the Central Bank of the Islamic Republic of Iran and communicated to the banking network contains numerous jurisprudential defects, all of which are capable of correction. Jurisprudential examination of the contracts in use requires adopting a foundational criterion for assessing the conformity of contracts with Islamic Sharia and Imamiyyah jurisprudence. In this regard, several possibilities have been

proposed, among which the strongest opinion is that the fatwa of the Wali al-Faqih should serve as the criterion. Furthermore, if the validity and enforceability of newly developed contracts are accepted and contractual legitimacy is not restricted to conventional nominate contracts, the design of contracts will become easier. Another underlying assumption of the discussion is the validity and enforceability of written contractual declaration (*insha'*). This issue is disputed: most earlier jurists did not regard written declaration as sufficient, whereas later jurists have considered it valid.

The first defect of the Murabaha contract is that, in reality, it is merely an agreement or power of attorney for carrying out a Murabaha sale. In agency-based Murabaha, the bank agrees with the customer that the latter will purchase a commodity in cash on behalf of the bank and subsequently buy it from the bank on a deferred-payment basis. Therefore, at the time of signing the current contract, no Murabaha transaction has yet come into existence. Even if the validity and enforceability of newly developed contracts are accepted, this contract cannot be validated in its current form because it does not qualify as a genuinely new contract. One solution to this defect is to transform the present agreement into a deferred sale contract in the form of Murabaha. Under this arrangement, the bank would sell to the customer, on an installment basis with a specified term and profit margin, a commodity described by definite characteristics as a *kulli fi al-dhimmah* obligation, while simultaneously granting the customer permission to purchase a specific instance of that commodity and authorizing the customer to take possession of it as the realization of the *kulli fi al-dhimmah*.

Another defect of the current contract is the bank's obtaining a commitment from the customer to purchase the commodity from the bank, whereas narrations indicate that such a commitment lacks legal validity. To solve this problem, the bank may stipulate an option condition (*khiyar al-shart*) in the cash transaction through which it purchases the commodity for itself, thereby retaining the right to rescind the transaction for a specified period (for example, one day). With the existence of this option, if the customer refuses to purchase the commodity, the bank may exercise the option condition to avoid the loss arising from retaining the commodity. In agency-based Murabaha, the inclusion and implementation of this condition would also be entrusted to the customer, and if the customer fails to execute it, the customer would be liable for compensation.

Another defect of the current contract concerns Murabaha of services.

Some jurists maintain that the subject matter of a Murabaha sale must consist of tangible objects and that services must instead be transacted through a lease (ijarah) contract. It appears that, in order to secure the approval of this group of jurists, services should be incorporated into the agreement within the framework of an ijarah contract. The objection regarding leasing for a higher amount may also be resolved through measures such as insuring part of the leased service.

Another defect of the contract is the charging of profit during the period between the signing of the contract and the customer's completion of the purchase. Although the cash purchase and deferred sale transactions have not yet been realized, the bank begins calculating profit from the very day the contract is signed. In response, it has been argued that this may be acceptable merely from an accounting perspective; however, the substance of the contract is unrelated to the daily calculation of profit. Rather, a predetermined profit is added to the principal amount as a whole and then distributed over the specified repayment period. Nevertheless, the transaction itself must be concluded before the due date of the first installment.

Conclusion

The Murabaha financing contract drafted by the Central Bank of the Islamic Republic of Iran and communicated to the banking network contains numerous jurisprudential defects, all of which are capable of correction. It appears that the Central Bank should establish a continuous program for evaluating contracts and revising their provisions in order to preserve the development, dynamism, and up-to-date nature of financing contracts.

Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

Author's Contribution

The author is solely responsible for the design, implementation, writing, and final approval of the manuscript.

Conflict of Interest

The author declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



واکاوی فقهی قرارداد مورد استفاده

در تسهیلات مرابحه بانکی

مهدی خطیبی *

دانشیار، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، قم، ایران.

Email: m.khatibi@iki.ac.ir



استناد خطیبی، مهدی (۱۴۰۵). واکاوی فقهی قرارداد مورد استفاده در تسهیلات مرابحه بانکی. فصلنامه اقتصاد اسلامی. ۲۶ (۱۰۳): ۱۵۵-۱۲۷

doi 10.22034/iec.2026.2066430.2903

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۸/۲۹، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۳/۰۳

چکیده

قرارداد مرابحه یکی از قراردادهای تنظیم شده توسط بانک مرکزی است که از ده سال پیش در چهارچوب قوانین بالادستی و به جای قرض ربوی در نظام بانکی استفاده می‌شود. به کارگیری ادبیات پیچیده و حقوقی در تنظیم آن و همچنین متن نسبتاً طولانی سبب شده کمتر مفاد آن مورد مذاقه فقهی قرار گیرد. تحقیق حاضر در چهارچوب روش اجتهادی و با روش توصیفی-تحلیلی و اتخاذ رویکرد انتقادی قرارداد مزبور را مورد مذاقه فقهی قرار داده است. ابتدا به اتخاذ مبنا در رابطه با فتوای معیار در قراردادهای بانکی و برخی دیگر از مبانی مورد نیاز در این بحث پرداخته شد و سپس اشکالات فقهی قرارداد استخراج گردید. نتایج تحقیق نشان می‌دهد قرارداد مرابحه مورد استفاده در نظام بانکی با اشکالاتی مواجه است از جمله آنکه این قرارداد با تفسیری که در نظام بانکی از آن می‌شود چیزی بیش از یک توافقنامه یا وکالت نامه نیست و با امضای آن تعهدی نسبت به التزام به مفاد آن برای طرفین ایجاد نمی‌شود. برای حل این اشکال می‌توان قرارداد را به گونه ای تفسیر کرد یا تغییر داد که به قرارداد فروش تبدیل شود؛ به تعبیر واضح تر بانک به صورت کلی فی الذمه موضوع قرارداد را به مشتری می‌فروشد؛ سپس به صورت مستقیم یا با دادن وکالت به مشتری اقدام به خرید و تحویل آن می‌کند.

اکتفاء به امضای قرارداد به جای انشاء لفظی و همچنین اخذ تعهد خرید از مشتری از دیگر اشکالات قرارداد است. در مقاله حاضر برای رفع این اشکالات پیشنهاداتی مطرح شده و برخی از پیشنهادات موجود نیز بررسی شده است.

واژگان کلیدی

تسهیلات مرابحه، بانکداری بدون ربا، بانکداری اسلامی، اقتصاد اسلامی.



مقدمه

طبق قانون عملیات بانکی بدون ربا و در چهارچوب شرع مقدس اسلام، نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران باید از ربا اجتناب کند و به جای قرض ربوی از عقود شرعی برای درآمدزایی استفاده کند. در مواد ۷، ۹، ۱۰، ۱۲ و ۱۳ و ۱۶ و ۱۷ قانون مزبور از عقود مشارکت، مضاربه، فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، سلف و بیع نقد و نسیه، جعاله، مزارعه و مساقات به عنوان عقود مشروع در بانکداری بدون ربا نام برده شده که با احتساب قرض الحسنه در مجموع ۹ قرارداد تسهیلات در نظام بانکی طراحی گردید. این تسهیلات عبارت اند از: ۱. قرض الحسنه؛ ۲. مشارکت مدنی؛ ۳. مضاربه؛ ۴. سلف؛ ۵. فروش اقساطی؛ ۶. اجاره به شرط تملیک؛ ۷. جعاله؛ ۸. مزارعه؛ ۹. مساقات.

در مردادماه سال ۱۳۹۰ هیئت وزیران بنا به پیشنهاد بانک مرکزی و به استناد ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ عقود استصناع، مرابحه و خرید دین را به عنوان عقود جدید تسهیلات اعطایی بانکها به «آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)، موضوع تصویب نامه شماره ۸۸۶۲۰ مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۲» الحاق کرد. با مصوبه جدید، سه عقد استصناع، مرابحه و خرید دین قراردادهای تسهیلات سابق اضافه گردید و از آنجا که مرابحه عام بود و فروش اقساطی را هم شامل می شد، این قرارداد حذف گردید و تعداد قراردادها در مجموع به ۱۲ قرارداد افزایش یافت (<https://dolat.ir/detail/204879>)

تا پیش از سال ۱۳۹۲ هریک از بانکها قراردادهای مورد نیاز برای اعطای تسهیلات را خودشان تهیه و تنظیم می کردند. در تاریخ ۱۳۹۲/۷/۱۱ بانک مرکزی در راستای اجرای تبصره ذیل ماده ۲۳ «قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار» مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶ مجلس شورای اسلامی، موضوع «یک نواخت سازی فرم عقود تسهیلات بانکی» قرارداد مشارکت مدنی را

تدوین و به‌بانک‌ها ابلاغ کرد. در سال بعد نیز فرم قرارداد قرض‌الحسنه را به‌بانک‌ها ابلاغ کرد. سپس در اواخر سال ۱۳۹۴ فایل الکترونیکی فرم قراردادهای عقود «اجاره به شرط تملیک»، «خرید دین»، «مرابحه»، «مزارعه»، «مساقات»، «استصناع»، «جعاله» و «سلف» را به‌بانک‌ها ارسال کرد و از آنها خواست تا پایان سال با چاپ و توزیع آنها تمامی قراردادهای را بر اساس آنها تنظیم و منعقد کنند.

قرارداد مرابحه که در نظام بانکی کشور به صورت یک‌نواخت مورد استفاده قرار می‌گیرد، مشتمل بر ۲۴ ماده و ۹ تبصره است. متن این قرارداد پیچیده و با رویکرد حقوقی نگاشته شده و نسبتاً طولانی است. اگرچه تیم تنظیم‌کننده قرارداد بسیار دقت کرده است تا در چهارچوب فقه و با رعایت جوانب حقوقی قرارداد را تنظیم کند، در انطباق آن بر مبانی فقه معاملات اشکالاتی به نظر می‌رسد که در تحقیق حاضر به آنها می‌پردازیم. پرسش اصلی که تحقیق حاضر به روش اجتهادی و با رویکرد توصیفی-تحلیلی به دنبال پاسخ به آن است، این است که قرارداد مورد استفاده در تسهیلات مرابحه بانکی که بانک مرکزی تنظیم کرده، با چه اشکالات فقهی مواجه است؟ فرضیه تحقیق آن است که به رغم تلاش تیم تنظیم‌کننده، هنوز اشکالاتی در قرارداد وجود دارد و نیازمند بازبینی است. این تحقیق از آن جهت ضرورت داشته و مهم است که یکی از ارکان اصلی تحقق بانکداری اسلامی تطبیق کلیه عملیات بانکی با شرع مقدس اسلام است. بنابراین هرگونه اشکال شرعی در قراردادهای مورد استفاده مانع از تحقق بانکداری اسلامی است. برای مواظبت بر تحقق این رکن بررسی و پالایش قراردادهای به صورت مستمر توسط جامعه علمی ضرورتی انکارناپذیر است.

۱. پیشینه

اکبری (۱۳۹۳) در مقاله «مرابحه در اقتصاد اسلامی، با نگرش ویژه

به بانکداری» قرارداد مرابحه بانکی را بررسی کرده است. تلاش وی آن بوده که از این قرارداد انعکاس دقیق و مستندی ارائه دهد و نقاط مفید و کاربردی آن را برجسته و ابهامات دال بر غیرمشروع بودن آن را برطرف کند.

حیدرو پیرهادی (۱۳۹۴) در مقاله «بررسی قرارداد مرابحه در متون فقهی و حقوقی و نظام بانکی» مشروعیت آن را بررسی کرده و به مستندات قانونی ورود آن به عرصه بانکداری ایران و سپس به تشریح عملیات قرارداد پرداخته‌اند. سید محمدهادی و سید محمد مهدی قبولی درافشان (۱۳۹۶) در مقاله «تحلیل فقهی حقوقی ماهیت و قلمرو قرارداد مرابحه، با رویکرد بانکداری بدون ربا» به امکان استفاده از روش مرابحه در غیر بیع پرداخته و سپس موارد مرابحه و صحیح بودن یا نبودن منافع و خدمات مرابحه را به بحث گذاشته‌اند. به نظر ایشان مرابحه اختصاص به بیع ندارد و موضوع آن نیز منحصر به اعیان نیست و در مورد خدمات و منافع نیز قابل استفاده است. در تحقیق مزبور پیشنهاد شده است متنی که حاوی توسعه در مفاد مرابحه است، به عنوان ماده ۳۴۱ مکرر به قانون مدنی اضافه شود.

قادری و ایزدی (۱۳۹۶) در مقاله «بررسی آثار اقتصادی و مفاهیم فقهی عقود سه گانه جدید استصناع، خرید دین و مرابحه به عنوان ابزارهای نوین بانکداری اسلامی» معتقدند این ابزارها افزون بر حل مشکلات فعالان اقتصادی منجر به توسعه و گسترش بازارهای مالی اسلامی می‌شوند. نتایج تحقیق آنها نشان می‌دهد با این عقود سه گانه می‌توان سرمایه‌های کوچک و بزرگ مردم را جمع‌آوری کرد و با هدایت آن به سمت سرمایه‌گذاری در طرح‌های مفید و مولد امکان افزایش تولید اشتغال و توزیع مناسب‌تر درآمد را فراهم کرد. لذا دولت می‌تواند با انتشار اوراق مبتنی بر این عقود نقدینگی را جمع‌آوری کرده، به سمت فعالیت‌های مطلوب سوق دهد.

جوهری و سلطانی (۱۳۹۷) تعریف مرابحه در آیین‌نامه اجرایی و دستورالعمل اجرایی آن را با تعاریف موجود در فقه امامیه و دکترین حقوقی

ایران بررسی کرده و ایرادهای وارده بر آن را به بحث گذاشته‌اند.

صادقی (۱۴۰۲) در مقاله «درآمدی بر ضوابط کاربردی حاکم بر عقد مرابحه در مطالعات بانکی» ضوابط حاکم بر عقد مرابحه را بررسی نموده است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد ضوابط حاکم بر عقد مرابحه در سه سطح قابل طبقه‌بندی است: ۱. ضوابط حاکم بر عقد مرابحه به عنوان یک عقد اسلامی. این ضوابط عبارت‌اند از: قاعده تبعیت عقد از قصد، مبطل بودن تعلیق در عقد، مفسد بودن اکراه در معامله، لغو بودن شرط سفهی، قاعده بطلان ربح ما لم یضمن. ۲. ضوابط حاکم بر عقد مرابحه به عنوان یکی از شقوق عقد بیع. این ضوابط عبارت‌اند از: منوط بودن لزوم عقد بیع به مالکیت بایع نسبت به کالا، انتقال ضمان از بایع به مشتری به واسطه قبض، امکان فسخ معامله با استفاده از ظرفیت «خيارات». ۳. ضوابط اختصاصی عقد مرابحه. این ضوابط عبارت‌اند از: وجوب اخبار به رأس المال و ربح، وجوب ذکر مالیت و وزن نقود در صورت اختلاف، وجوب اخبار به عیوب، کراهت نسبت دادن ربح به رأس المال.

موسویان و میثمی (۱۴۰۰) در کتاب **بانکداری اسلامی** فصلی را به کارت اعتباری مرابحه اختصاص داده‌اند و در بخشی از فصل به بررسی جایگاه مرابحه در بانکداری اسلامی پرداخته و محدودیت‌های آن را برشمرده‌اند.

نظریپور و موسویان (۱۳۹۳) در کتاب **بانکداری بدون ربا** از نظریه تا تجربه در فصل بررسی ساختار بانک‌های بدون ربا به مناسبت به بررسی مرابحه پرداخته‌اند.

علی‌زاده (۱۳۹۷) مرابحه را از مصادیق بیع‌العینه دانسته و معتقد است قرارداد مرابحه بانکی مرکب از چند قرارداد است. به نظر وی این تراضی می‌تواند مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی باشد.

به جز مقاله اخیر هیچ یک از تحقیقات پیشین به عدم انطباق قرارداد مرابحه با بیع مرابحه توجه نکرده‌اند. مقاله اخیر نیز قرارداد را صرفاً یک تراضی دانسته که

با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی نافذ است؛ این در حالی است که قراردادها باید قبل از قانون مدنی مستند به شرع باشند و صرف نفوذ در آنها کفایت نمی‌کند و لازم است علاوه بر نفوذ از صفت لزوم نیز برخوردار باشند.

۲. پیش‌فرض‌ها

این تحقیق مبتنی بر پیش‌فرض‌هایی است که در تحقیقات دیگر به بحث گذاشته شده است و در اینجا صرفاً گزارشی از آنها داده می‌شود:

الف) معیار بودن فتوای ولی فقیه در تطبیق قراردادهای بانکی با شریعت اسلام
یکی از بحث‌های مهم و مبنایی در عرصه حکمرانی دینی، تعیین فتوای معیار در قانون‌گذاری، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌هاست.

نگارنده این بحث را به صورت مستوفی در مقاله‌ای به بحث گذاشته است (خطیبی، ۱۴۰۱، ص ۱۲۷-۱۴۶). پس از بررسی احتمالات گوناگون نتایج تحقیق مزبور نشان داد تطبیق مصوبات بانک مرکزی بر فتوای ولی فقیه قطعی‌ترین روش برای حصول اطمینان به حجیت شرعی مصوبات بانک مرکزی و به‌طور کلی فعالیت‌های نظام بانکی است؛ چون ولی فقیه عالی‌ترین مقام حکومت اسلامی است که عهده‌دار اداره کشور در سطح کلان بر اساس مبانی دین اسلام و مذهب تشیع است. بنابراین کشور باید بر اساس دیدگاه ایشان در مسائل فقهی اداره شود. بر همین اساس در بند ۱۸ قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران که در آذرماه ۱۴۰۲ به تصویب نهایی رسید، آمده است: «فتوای معیار در مصوبات شورا، آرای فقهی ولی فقیه است و در صورت نبود فتوای ولی فقیه، به روشی که ولی فقیه تعیین می‌کند، عمل می‌شود».

ب) صحت و نفوذ عقود مستحدثه در قالب عقد مستقل و بدون نیاز به ارجاع به عقود متعارف در زمان شارع

در میان فقها اختلاف نظری راجع به عقود مستحدثه وجود دارد. برخی این عقود را صحیح و نافذ نمی‌دانند و معتقدند هر قراردادی خارج از چارچوب

عقود متداول در عصر تشریع لغو و باطل است. در مقابل برخی دیگر معتقدند قراردادهای جدید در عرض قراردادهای متداول در عصر تشریع صحیح و نافذند.

نگارنده این مسئله را نیز در مقاله‌ای مستقل به بحث گذاشته است. نتایج تحقیق مزبور نشان می‌دهد حق با کسانی است که عقود مستحدثه را درست و نافذ می‌دانند و اطلاق آیه وجوب وفا شامل عقود مستحدثه نیز می‌شود (خطیبی، ۱۴۰۳، ۵۳-۷۴). اگرچه برخی فقها تلاش کرده‌اند این آیه را محدود به عقود متداول در عصر تشریع کنند (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۹)، دیدگاه برتر دیدگاه مقابل آن است که آیه را مطلق تفسیر کرده و شامل عقود مستحدثه نیز می‌داند (امام خمینی، ۱۴۲۸، ص ۱۳۰).

نکته مهم در این بحث بازشناسی عقود مستحدثه از عقود رایج است. روشن است که منظور از عقد مستحدثه عقدی نیست که مشتمل بر شرط مخالف اطلاق عقد باشد؛ چراکه شروط مخالف اطلاق عقد، ماهیت عقد را تغییر نداده، عقد جدیدی را پدید نمی‌آورند. همچنین عقود مشتمل بر شروط مخالف مقتضای عقد نیز نافذ نیستند؛ حتی اگر عدم توقیفیت و نفوذ عقود مستحدثه را بپذیریم؛ چون اولاً وفای به چنین عقدی محال است. مقتضای عقد وقوع اثری است که شرط آن را نفی می‌کند؛ لذا بین عقد و شرط تناقض وجود دارد و این تناقض با قول به عدم توقیفیت عقود هم حل نمی‌شود. ثانیاً شروط مخالف مقتضای عقد، مخالف کتاب و سنت‌اند؛ چون امضای هر عقدی به معنای انفاذ مقتضای آن است و چون شروط مخالف مقتضای عقد مانع از نفوذ مقتضای عقدند، مخالف کتاب و سنت خواهند بود؛ لذا در چنین عقودی باید حکم به بطلان شرط و مشروط یا شرط به تنهایی شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۴۵-۴۹).

در مجموع می‌توان گفت عقود مستحدثه عقود هستند که در شرع و عرف عصر تشریع نفیاً و اثباتاً راجع به آن حکمی وجود ندارد؛ مثلاً بیمه

عقد جدید است؛ چون با وضعیت کنونی آن (پرداخت پول در قبال جبران خسارت در صورت بروز حادثه) نه قابل انطباق بر بیع است نه اجاره و نه ضمانت و نه دیگر عقود متداول در عصر تشریع.

۳. چالش‌های فقهی قرارداد مرابحه

الف) توافق‌نامه یا وکالت‌نامه بودن قرارداد مرابحه بانکی و عدم انطباق بر بیع مرابحه
مرابحه بیعی است که در آن فروشنده قیمت خرید یا قیمت تمام‌شده را ذکر و مقدار سود را هم مشخص می‌کند (علامه حلی، بی‌تا، ج ۱۱، ص ۲۱۵). اما آنچه در نظام بانکی تحت عنوان قرارداد مرابحه واقع می‌شود با آنچه در تعریف بیع مرابحه گفته شد، تفاوت دارد. در مرابحه وکالتی - که بانک حق انتخاب و خرید موضوع مرابحه را به مشتری واگذار می‌کند - با امضای قرارداد، بانک به مشتری وکالت می‌دهد کالایی را به قیمت مبلغ تسهیلات برای بانک خریداری کند و سپس سهم بانک را به قیمتی که اصل و سود را پوشش دهد، به صورت نسیه و با مدت زمان مشخص به خودش بفروشد. بنابراین هنگام امضای قرارداد صرفاً وکیل بودن مشتری برای انجام دو معامله دیگر (خرید نقدی برای بانک و فروش نسیه به خودش) انشا می‌شود.

در مرابحه اصالتی هم که بانک خود مستقیم ورود کرده، کالا را به صورت نقدی می‌خرد و سپس به مشتری در قالب مرابحه نسیه می‌فروشد، باز هم هنگام امضای قرارداد مرابحه صرفاً توافق بر انجام مرابحه صورت می‌گیرد و منطبق بر عقد وکالت هم نیست.

بر این اساس طرفین قرارداد الزامی به اجرای آن ندارند؛ چون وکالت عقدی جایز است و توافق‌نامه نیز شرط ابتدایی است که غالب فقها آن را الزام‌آور نمی‌دانند. حتی اسقاط‌خيارات که در ماده شش به آن اشاره شده است، برای لزوم آن کافی نیست؛ چون فسخ عقد جایز نیاز به‌خیار ندارد که با اسقاط آن قابلیت فسخ را از دست بدهد. عقد خارج لازم نیز که در ماده

۱۹ آمده است، به تصریح خود ماده فقط شامل وکالت‌های مورد اشاره در مواد ۱۲ و ۱۶ و ۱۸ و ۲۲ است و ناظر به وکالت مورد اشاره در ماده ۵ نیست. برخی حقوقدانان تلاش کرده‌اند قرارداد مرابحه را با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی اعتبار بخشند (علیزاده، ۱۳۹۷، ص ۱۱). در این ماده آمده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». طبق برداشت برخی حقوقدانان قرارداد در این قانون در مقابل عقد است و با آن تفاوت معنایی دارد. با اعتقاد وی تدوین‌کنندگان قانون مدنی همچنان‌که از عنوان باب سوم آن استفاده می‌شود، عقود معین مثل بیع اجاره مزارعه و مساقات و جعاله و شرکت و ودیعه و قرض و ... را در قانون مدنی با کلمه عقد مشخص کرده‌اند و واژه قرارداد را برای بقیه موارد در نظر گرفته‌اند که عنوان خاصی برای آنها در قانون در نظر گرفته نشده است (امامی، ۱۳۸۰، ص ۱۵۵). بنابراین ماده ۱۰ قانون مدنی در حقیقت بیانگر نفوذ عقود مستحدثه است.

این در حالی است که مسئله مزبور اختلافی بوده و برخی فقها نفوذ عقود مستحدثه را نپذیرفته‌اند. افزون بر آنکه اساساً در مسحدثه بودن قرارداد مرابحه به شکل فعلی آن تردید جدی وجود دارد؛ چون قبلاً گفته شد از جمله شروط تحقق عقد مستحدث آن است که معامله جدید نفیاً و اثباتاً در ادله وارد نشده باشد؛ در حالی که دقیقاً چنین معامله‌ای در روایات - که به برخی از آنها اشاره شده - مطرح شده و از اجرای آن در قالب تعهد طرفینی برای انجام معامله دوم منع شده است که در ادامه به آن اشاره خواهیم کرد.

پیشنهاد اصلاحی

می‌توان قرارداد تسهیلات مرابحه فعلی را به گونه‌ای تفسیر کرد یا نهایتاً تغییر داد که همزمان با امضای قرارداد، بیع مرابحه محقق شود؛ به این صورت که بانک، موضوع قرارداد را در قالب بیع کلی فی‌الذمه و به صورت نسبی و به قیمتی که در آن اصل و سود تعیین شده، به مشتری بفروشد؛ سپس یا

خودش آن را تهیه کند و به مشتری تحویل دهد یا از مشتری بخواهد که آن را نقدی به قیمتی معادل اصل تسهیلات برای بانک خریداری کند و تحویل بگیرد؛ سپس آن را به عنوان مصداق کالایی که بانک به صورت کلی فی الذمه به وی فروخته است، قبض کند. برای خرید کالا نیز می توان به مشتری سه روز مهلت دارد؛ چون با توجه به ادله خیار تأخیر ثمن، تأخیر سه روزه معامله را از حالت نقدی از جانب مثنی خارج نمی کند؛ لذا معامله کالی به کالی نخواهد شد. توضیح آنکه با توجه به اینکه مشتری بهای موضوع قرارداد (ثمن) را به صورت نسیه پرداخت می کند، باید معامله در جانب مثنی نقد باشد. از طرفی چون بانک غالباً هنگام امضای قرارداد، موضوع قرارداد را که به مشتری فروخته است، در اختیار ندارد، باید آن را تهیه کرده، به مشتری تحویل دهد. به نظر می رسد بانک تا سه روز مهلت دارد کالای فروخته شده را به مشتری تحویل دهد تا معامله از جانب مثنی، معامله نقد محسوب شود. دلیل این مطلب خیار تأخیر ثمن است. در خیار تأخیر ثمن گفته می شود اگر کسی کالایی را خرید و بهای آن را پرداخت نکرد، چنانچه معامله نسیه باشد، به مفاد توافق عمل می شود و اگر نسیه نباشد، باید سه روز صبر کند و اگر مشتری ثمن را پرداخت نکرد، می تواند معامله را فسخ کند. این حکم نشان می دهد از نظر شرع معامله تا سه روز نقدی محسوب می شود. با الغای خصوصیت از ثمن می توان در مورد مثنی هم گفت اگر مثنی تا سه روز تحویل مشتری شود، معامله نقد است اما بیش از سه روز معامله سلف خواهد بود و احکام سلف در آن لازم الرعایه است.

با این روش قرارداد امضاشده مصداق بیع مرابحه است و اگر مرابحه اصلاتی باشد، بانک برای تهیه موضوع مرابحه اقدام کرده، تحویل مشتری می دهد و اگر مرابحه وکالتی باشد، خرید موضوع مرابحه و قبض آن را به عنوان مصداق کلی فروخته شده به مشتری واگذار می کند.

علاوه بر آن دیگر نیازی به اخذ تعهد از مشتری در برابر خرید کالا نیست؛ چون

با امضای قرارداد مرابحه، مشتری موضوع قرارداد را از بانک به صورت مرابحه خریده است و تنها قبض مبیع لازم است که آن هم از وظایف خریدار است و در صورت اقباض مبیع توسط بایع، مشتری حق استنکاف از قبض را ندارد.

ب) عدم کفایت امضای قرارداد از انشای لفظی صیغه عقد

امروزه تمامی قراردادهای بانکی همچون بسیاری از قراردادهای حقوقی و مالی به صورت کتبی منعقد می‌شوند. در این شیوه، امضای قرارداد از سوی طرفین حاکی از تأیید انشای کتبی ایجاب و قبول است.

از نظر فقهی در مورد صحت انشای کتبی عقود پنج قول وجود دارد: (۱) عدم کفایت به صورت مطلق (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۲، ص ۵۱۷؛ ۲) افاده اباحه مثل معاطات (همان، ج ۱۲، ص ۵۱۴؛ ۳) اختصاص جواز به صورت عجز از تکلم (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۱۸ / امام خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۵۰۵ / خویی، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۶؛ ۴) اختصاص جواز به بعضی ابواب مانند وصیت و وکالت؛ (۵) جواز مطلقاً (مکارم، ۱۴۲۲، ص ۹۸ / سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۸، ص ۲۲۷ / مشکینی، بی تا، ص ۴۳۶ / بهجت، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۸ / سیستمی، بی تا، ج ۲، ص ۲۵ / وحید، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۲۱ / مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق، ص ۹۷ / روحانی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۱۹۵ / خرازی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۸۵). اما به لحاظ قانونی دقیقاً مشخص نیست امضای قراردادها چه نقشی ایفا می‌کند؟ آیا انشای عقد است یا صرفاً سندی بر اینکه معامله به صورت لفظی انشا شده است؟

در ماده ۱۳۰۱ و ۱۳۰۴ قانون مدنی صرفاً تأکید شده که امضای سند و تعهدنامه دلیلی علیه امضاکننده محسوب می‌شود؛ اما بیان نمی‌کند که امضای قرارداد مساوی با انشای قرارداد است. در فرم قراردادهای تسهیلات و قرارداد سپرده‌ها نیز عبارتی وجود ندارد که کیفیت انشای عقد را نشان دهد. در دستورالعمل اجرایی قرارداد مرابحه نیز سخنی از کیفیت انشای عقد به میان نیامده است و مشخص نیست آیا متصدی بانک باید ایجاب و قبول

را لفظی انشا کند یا صرف امضای قرارداد کافی است (دستورالعمل اجرایی عقد مباحه، شماره بخشنامه: ۹۴/۳۴۷۲۷۸، تاریخ ابلاغ: ۱۳۹۴/۱۱/۲۷). آنچه در عمل دیده می‌شود، اکتفا به امضای قراردادها در شبکه بانکی است. اگرچه ممکن است قبل از امضای قرارداد گفت‌وگوهایی راجع به قرارداد انجام شود، اما همگی آنها مقدماتی بوده و به اصطلاح فقهی مقاوله محسوب می‌شوند و انشای لفظی عقد نیستند.

تنها وجه قابل اعتنا آن است که امضای قرارداد به منزله انشای کتبی عقد به حساب آید.^۱ در این صورت اشکالی که در بخش پیش فرض‌ها تحقیق مطرح شد، وارد خواهد بود و آن اینکه انشای کتبی عقود محل اختلاف بین فقهاست؛ خصوصاً آنکه طبق مبانی تنقیح‌شده در بخش کلیات، در قراردادهای بانکی ابتدا باید به فتوای مقام معظم رهبری و در صورت فقدان، به فتوای امام خمینی رجوع کرد. به رغم جست‌وجو و بررسی آثار فقهی و محتوای درس خارج و همچنین استفتائات رهبر معظم انقلاب به فتوایی در این زمینه دست نیافتیم. اما امام خمینی در این باره فتوا دارد و انشای کتبی عقد را صرفاً در صورت عجز از انشای لفظی و عدم امکان گرفتن وکیل یا معاطات صحیح می‌داند (امام خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۰۵).

پیشنهادهای اصلاحی و بررسی آن

برای حل این چالش فقهی دو راه وجود دارد:

اول: طرفین قرارداد یعنی نماینده بانک و مشتری قبل از امضای قرارداد به صورت لفظی ایجاب و قبول را انشا کنند و سپس قرارداد به عنوان سندی بر آنچه انشا شده امضا شود. این روش در صورتی می‌تواند نقص موجود را جبران کند که متصدی بانک در این زمینه آموزش داده شود تا ضمن

۱. منظور از انشای کتبی که بسیاری از فقها آن را کافی ندانسته‌اند، آن است که متعاقدين به جای تلفظ ایجاب و قبول، آن را روی کاغذ یا چیزی دیگر بنویسند. بنابراین امضای قراردادی که در آن الفاظ ایجاب و قبول قبلاً چاپ شده است و طرفین قرارداد صرفاً آن را امضا می‌کنند مصداق نوشتن صیغه بیع نخواهد بود و نهایتاً بتوان امضای قرارداد را به منزله انشای کتبی دانست.

انشای ایجاب، قبول لفظی را از مشتری مطالبه کند؛ بنابراین لازم است در دستورالعمل اجرایی قرارداد مرابحه بر لزوم انشای لفظی قرارداد توسط نماینده بانک و مشتری تأکید شود.

دوم: امضای قرارداد به منزله وقوع معاطات در نظر گرفته شود؛ چون فرض آن است که در قرارداد شروط متعاقدين و شروط عوضین و شروط عمومی عقود احراز شده است و فقط فاقد الفاظ دال بر ایجاب و قبول است. در این صورت امضای قرارداد به منزله انجام معاطاتی معامله بوده و طبق دیدگاه امام خمینی مفید لزوم است (امام خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۵۰۶).

راه حل دوم با دو اشکال مواجه است: نخست آنکه معاطات به معنای اعطای طرفینی است؛ یعنی طرفین قرارداد به جای به کار بردن لفظ، عوضین را رد و بدل می کنند. در قرارداد مرابحه بانکی هنگام امضای قرارداد عوضین رد و بدل نمی شوند، بلکه واریز تسهیلات به حساب مشتری با فاصله و بعد از امضای قرارداد صورت می پذیرد و پس از آن مشتری اقدام به خرید کالای مورد توافق می کند.

اشکال دیگر اعتبار مواد مندرج در قرارداد است. بسیاری از این مواد قراردادهای بانکی، شرط ضمن عقد محسوب می شوند. اندراج شروط ضمن عقد لفظی و کتبی قابل تصور است؛ اما در معاطات که از سنخ عمل است، امکان پذیر نیست.

ج) اخذ تعهد خرید از مشتری در متن قرارداد

در ماده ۱۱ و ۱۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا این گونه آمده است:

ماده ۱۱ - بانک ها می توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور صنعت و معدن و کشاورزی و خدمات اموال منقول را بنا به درخواست مشتری و تعهد او مبنی بر خرید و مصرف و یا استفاده مستقیم مال و یا اموال مورد درخواست خریداری نموده و با اخذ تأمین به صورت اقساطی به مشتری بفروشند.

ماده ۱۳ - بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت تأمین سرمایه در گردش واحدهای تولید به هریک از عملیات‌های ذیل مبادرت نمایند:

الف - مواد اولیه و لوازم یدکی مورد نیاز واحدهای تولیدی را بنا به درخواست این واحدها و تعهد آنها مبنی بر خرید و مصرف مواد اولیه و لوازم یدکی مورد درخواست خریداری و به صورت نسیه به واحدهای مذکور بفروشند.

همچنین در موارد ۴۸ و ۵۲ آیین‌نامه تسهیلات اعطای بانکی مصوب هیئت وزیران (۱۳۶۲) چنین آمده است:

ماده ۴۸ - بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت تأمین سرمایه در گردش واحدهای تولیدی مواد و لوازم یدکی و ابزار کار مصرفی و سایر نیازهای اولیه مورد احتیاج این واحدها را منحصرأً بنا به درخواست کتبی و تعهد متقاضیان مبنی بر خرید و مصرف عوامل مذکور خریداری و به صورت اقساطی به متقاضی به فروش برسانند. در برآورد میزان نیاز واحدهای تولیدی حجم مواد اولیه متناسب با تولید برای نیاز یک دوره تولید باید در نظر گرفته شود.

ماده ۵۲ - بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور صنعت معدن کشاورزی و خدمات اموال موضوع ماده ۵۱ را منحصرأً بنا به درخواست کتبی متقاضیان و تعهد آنها مبنی بر خرید مصرف و یا استفاده مستقیم این‌گونه اموال خریداری و به صورت اقساطی به متقاضی به فروش برسانند.

در ماده دو قرارداد مباحثه ابلاغی بانک مرکزی نیز خریدار متعهد به خرید کالا از بانک شده است:

ماده ۲ - موضوع قرارداد عبارت است از فروش اموال/ ارائه خدمات به متقاضی با مشخصات ... متقاضی از کمیت و کیفیت و اوصاف مورد معامله مطلق بوده و حسب درخواست و تعهدنامه مورخ ... که به امضای وی رسیده، متعهد به خرید دریافت آن از بانک شده است.

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، در تمامی مستندات قانونی و حتی قرارداد تسهیلات مرابحه اخذ تعهد از مشتری برای انجام معامله دوم به‌صراحت بیان شده است. اخذ چنین تعهدی به‌لحاظ موقعیت و جایگاهی که بانک در اقتصاد دارد، کاملاً منطقی است. اگر در جریان اعطای تسهیلات مرابحه بانک کالایی را به‌صورت نقدی خریداری کند، ولی مشتری از انجام معامله دوم که به‌صورت نسبه است، خودداری کند، مشکلاتی فراوانی برای بانک پدید می‌آید و عملکرد نظام بانکی با اختلال مواجه می‌شود. به‌رغم موجه‌بودن چنین شرطی به‌لحاظ عرفی، امکان اخذ چنین تعهدی به‌لحاظ شرعی وجود ندارد. این نوع معامله بر اساس روایات اهل بیت یکی از صورت‌های بیع‌العینه شمرده شده است. گاهی بیع‌العینه به‌این‌صورت است که شخص چیزی را به‌دیگری می‌فروشد و دوباره آن را از وی می‌خرد. گاهی نیز به‌این‌صورت است که شخص به‌درخواست مشتری چیزی را می‌خرد، سپس کالای خریداری‌شده را به‌درخواست‌کننده می‌فروشد (طوسی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۵۲). قرارداد مرابحه بانکی منطبق بر نوع دوم بیع‌العینه است. در منابع اهل سنت این معامله تحت عنوان بیع‌المرابحه للامر بالشراء مطرح شده است. طبق روایات اهل بیت صحت هر دو نوع بیع‌العینه مشروط به آن است که نه بایع و نه مشتری که به‌بایع سفارش خرید می‌دهد، مجبور به‌انجام معامله دوم نباشند. در صحیح‌ه عبدالرحمن بن حجاج آمده است: «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) الرَّجُلُ يَجِئُنِي يَطْلُبُ الْمَتَاعَ فَأَقُولُهُ عَلَى الرَّبْحِ ثُمَّ اشْتَرِيهِ فَأَبِيعُهُ مِنْهُ فَقَالَ أَلَيْسَ إِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ قُلْتُ بَلَى قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۰۰). روایات با این مضمون فراوان و در حد استفاضه است. جمعی از فقهای معاصر به‌ممنوعیت تعهد در چنین معاملاتی فتوا داده‌اند (جواهری، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۵۴ / سیفی مازندرانی، بی‌تا، ص ۲۶۳).

البته برخی فقهای معاصر تلاش کرده‌اند این روایات را به‌گونه‌ای تفسیر کنند که با اخذ تعهد منافات نداشته باشد. آیت‌الله شاهرودی معتقد است

روایات مزبور درصدد ممانعت از انعقاد بیع دوم به مجرد مقاوله و قرارومدار اولیه است؛ یعنی طرفین باید بعد از بیع اول و خرید کالا توسط بایع، بیع دوم را انشا کنند تا کالا به درخواست کننده کالا منتقل شود و نمی توانند به همان مقاوله و قرارومدار اولیه اکتفا کنند. بنابراین منافاتی ندارد در قرارومدار اولیه مشتری تعهد بدهد که کالا را از بایع بخرد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲، صص ۲۴۱ و ۲۴۵). این در حالی است که برخی از این روایات به صراحت بیان می کنند مشتری و بایع در انجام معامله دوم اختیار تام و فعلی دارند. در روایت معاویه بن عمار آمده است: «قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) الرَّجُلُ يَجِئُنِي يَطْلُبُ الْمَتَاعَ الْحَرِيرَ وَ لَيْسَ عِنْدِي مِنْهُ شَيْءٌ فَيَقَاوِلُنِي وَأَقُولُهُ فِي الرَّيْحِ وَالْأَجَلِ حَتَّى يَجْتَمِعَ عَلَيَّ شَيْءٌ ثُمَّ أَذْهَبُ فَأَشْتَرِي لَهُ الْحَرِيرَ وَ أَدْعُوهُ إِلَيْهِ. فَقَالَ أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ بَيْعاً هُوَ أَحَبُّ إِلَيْهِ مِمَّا عِنْدَكَ أَيْسْتَطِيعُ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَيْهِ وَ يَدْعَكَ أَوْ وَجَدْتَ أَنَّكَ أَيْسْتَطِيعُ أَنْ تَنْصَرِفَ عَنْهُ وَ تَدْعَهُ؟ قُلْتُ نَعَمْ. قَالَ لَا بَأْسَ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۰۰).

حتی اگر تحلیل ایشان از روایت را بپذیریم، الزامی بودن عمل به چنین تعهدی محل اشکال است؛ چراکه مصداق شرط ابتدایی است. توضیح آنکه در معاملات این چنینی اخذ تعهد پیش از معامله اول و در ضمن گفت و گوی اولیه صورت می گیرد، بدون آنکه هنوز معامله ای صورت گرفته باشد. بعد از اخذ تعهد از مشتری بایع اقدام به خرید کالای مورد توافق می کند و معامله اول انجام می شود که هیچ ارتباطی با مشتری ندارد. بنابراین تعهد اخذ شده از وی صرفاً وعده بوده و مصداق شرط ابتدایی است؛ مگر آنکه چنین تعهدی در معامله لازم دیگری که قبلاً انجام شده، شرط شده باشد.

پیشنهادهای اصلاحی و بررسی آن

۱) اشتراط جبران خسارت به جای تعهد

برخی معتقدند لازم نیست از مشتری برای خرید کالا تعهد گرفت؛ اما اگر سفارش خرید کالا را به بانک داد و بانک نیز مستقیم یا با وکالت کالا را

خرید، چنانچه مشتری از خرید آن استنکاف کند و از این طریق ضرری متوجه بانک شود، باید ضرر را جبران کند. در این راه حل بدون آنکه تعهدی برای مشتری در نظر گرفته شود، جلوی ضرر و زیان بانک گرفته می شود و بانک نیز بیش از این انتظاری ندارد.

به نظر می رسد این راه حل نیز نمی تواند مشروع باشد؛ چراکه لزوم جبران ضرر در صورتی متوجه مشتری است که ضرر وارد شده منتسب به وی باشد و آن زمانی است که نسبت به خرید آن کالا تعهد داشته باشد. با توجه به اینکه در روایات صراحتاً تعهد مشتری نفی شده است، انتساب ضرر به وی نیز غیرمعقول است؛ بنابراین نمی توان وی را به جبران ضرر بانک وادار کرد. علاوه بر آن قاعده اقدام نیز علیه بانک قابل استناد است؛ به این بیان که وقتی بانک می داند مشتری در قبال خرید کالای مزبور تعهدی ندارد و در عین حال اقدام به خرید آن می کند، طبقه قاعده اقدام باید خودش تحمل ضرر کند و نمی تواند جبران زیان را از مشتری مطالبه کند.

۲) استفاده از عقد خارج لازم

راه حل دیگر استفاده از عقد خارج لازم است؛ به این صورت که بعد از امضای قرارداد مرابحه که در حقیقت توافق نامه یا وکالت نامه ای برای انجام دو معامله است، معامله لازم دیگری مثل صلح انجام می شود و در ضمن آن شرط می شود که مشتری کالای توافق شده را از بانک خریداری کند. استفاده از عقد خارج لازم در برخی قراردادهای بانکی برای ایجاد تعهد حقوقی برای طرفین متداول است (مضاربه، ماده ۴ / مشارکت، ماده ۶ / جعاله، ماده ۷).

به نظر می رسد این روش نیز نمی تواند راهکار مناسبی برای حل مشکل باشد؛ چون ظاهر روایات آن است که شارع نمی خواهد نسبت به انجام معامله دوم تعهدی برای طرفین وجود داشته باشد. بنابراین فرقی نمی کند این تعهد مستقیم ایجاد شود یا توسط عقدی لازم که بیرون از قرارداد مرابحه است.

۳) اشتراط فسخ معامله اول در صورت استنکاف مشتری از انجام معامله دوم

در مرابحه اصالتي بانک می‌تواند در ضمن قرارداد خرید نقدی به صورت خيار شرط، اختیار فسخ معامله را برای مدت مشخصی برای خود قرار دهد. چنانچه در آن مدت مشتری از خرید نسبه کالا خودداری کرد، بانک می‌تواند معامله نقدی را فسخ و از زیان خود جلوگیری کند. در مرابحه وکالتی نیز بانک می‌تواند گنجانیدن خيار شرط در معامله نقدی را در قالب شرط ضمن عقد به مشتری واگذار کند؛ یعنی مشتری موظف باشد در هنگام خرید نقدی کالا آن را با خيار شرط خریداری کند. در این صورت اگر مشتری از انجام معامله دوم استنکاف کند، بانک معامله اول را فسخ می‌کند.

د) مرابحه خدمات

در ماده ۲ قرارداد تسهیلات مرابحه که در بانک مرکزی تدوین شده، آمده است: «موضوع قرارداد عبارت است از فروش اموال/ارائه خدمات به متقاضی...». بر اساس این ماده بانک می‌تواند خدمات معینی را به صورت مرابحه به مشتری ارائه دهد؛ به این صورت که بهای خدمات معینی را که مشتری دریافت کرده، نقدا پرداخت کند؛ سپس بهای آن خدمات را به صورت نقد یا نسبه به مبلغ بیشتری از مشتری دریافت می‌کند.

البته از عبارت ماده ۲ استفاده می‌شود که لازم نیست مرابحه خدمات در قالب بیع انجام شود؛ چراکه عبارت «ارائه خدمات» بدل از عبارت «فروش اموال» قرار گرفته است؛ فقط در ماده ۳ از عبارت «کل بهای فروش مورد معامله به متقاضی» استفاده شده که ظاهرش آن است که خدمات نیز در قالب بیع انجام شده است.

به هر حال بیع خدمات یکی از چالش‌های فقهی قرارداد مرابحه است و باید دید چنین بیعی درست است یا نه؟

فقها مبیع واقع شدن منافع را صحیح نمی‌دانند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۷). خدمات مورد اشاره در ماده دوم که می‌تواند موضوع مرابحه باشد،

مشمول بر منافع است؛ مثلاً خدمات چشم پزشکی که در یک کلینیک درمانی ارائه می‌شود، ترکیبی از منافع عین و منافع اجیر و حتی خرید برخی اقلام مصرفی است. کلیه تجهیزات منقول و غیرمنقول کلینیک منفعت عین و کلیه عملیات کادر پزشکی منافع اجیر محسوب می‌شود و طبیعتاً مقداری هم کالای مصرفی در این عملیات به کار برده می‌شود که قابل درج ذیل اجاره منافع نیست. قرارداد این مجموعه ذیل قرارداد بیع مرابحه محل تأمل جدی است. اگرچه امام خمینی و رهبر معظم انقلاب به‌رغم احتیاط، مبیع قرارگرفتن منافع را در نهایت پذیرفته‌اند (امام خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۱۵، در: <https://www.khamenei.ir/content-news/27827?id=27827>)، اما طبق نکته دوم و سوم که در مبحث فتوای معیار بیان شد، قراردادهای یکسان و قوانین ترجیحاً باید به گونه‌ای باشند که با وظیفه شرعی مکلفانی که مقلد مراجع تقلیدند، همخوانی داشته باشد یا دست‌کم مخالف آن نباشد.

پیشنهادهای اصلاحی و بررسی آن

در مواردی که موضوع قرارداد مرابحه، خدمات است، می‌توان به جای بیع از اجاره استفاده کرد. برای تصحیح قرارداد کافی است در ماده دو عبارت چنین تغییر کند: «موضوع قرارداد عبارت است از فروش اموال/ ارائه خدمات به متقاضی در قبال اجرت...». در ماده سه نیز تغییر عبارت باید چنین باشد: «کل بهای فروش مورد معامله/ اجرت خدمات ارائه‌شده به متقاضی...».

این تغییر با ماده ۹۸ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه و مصوبه هیئت وزیران نیز همخوانی دارد. در ماده ۹۸ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم آمده است: «ماده ۹۸ - به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا عقود اسلامی استصناع، مرابحه و خرید دین اضافه می‌شود. آیین‌نامه اجرایی این ماده به تصویب هیئت وزیران می‌رسد». در ماده ۸۱ مصوبه هیئت وزیران مورخه ۱۳۹۰/۲/۳۱ آمده 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. همان‌گونه که مشاهده می‌شود، در اسناد بالادستی قرارداد مرابحه اسمی از بیع نیامده است و بانک می‌تواند در جایی که موضوع تسهیلات مرابحه، خدمات است از قرارداد اجاره استفاده کند؛ حتی اگر گفته شود الفاظی مثل نقدی، نسبه دفعی یا اقساطی، به اقساط مساوی یا غیرمساوی اشعار به بیع دارد، می‌توان پیشنهاد تغییر متن قرارداد را به‌گونه‌ای که شامل اجاره هم شود، به شورای فقهی بانک مرکزی داد.

ممکن است زیادی اجرت دوم نسبت به اجرت اول محل سؤال باشد؛ چراکه در فقه گفته شده است در صورتی که مستأجر بخواهد عین اجاره‌شده را در مثل خانه و مغازه و کشتی به مبلغ بیشتر اجاره دهد، باید تغییراتی در آن ایجاد کند؛ همچنین اگر اجیر بخواهد عمل موضوع اجاره را به مبلغ کمتر از اجرت توافق شده به دیگری واگذار کند، باید قسمتی از کار را انجام دهد. این اشکال نیز قابل رفع است؛ به این صورت که معمولاً خدمات موضوع قرارداد مرابحه ترکیبی از اجاره اعیان و اعمال و بیع کالای مصرفی است؛ لذا زیاده می‌تواند در قبال کالاهای مصرفی باشد. همچنین بانک می‌تواند با عملی نظیر بیمه تغییر کافی در عین را که مجوز اخذ زیاده است، صورت دهد.

ه) ممنوعیت دریافت سود در فاصله امضای قرارداد و انجام عملیات خرید و فروش بعد از امضای توافق‌نامه یا وکالت‌نامه از سوی مشتری، کارت مرابحه یا مبلغ تسهیلات در اختیار مشتری قرار می‌گیرد و به‌طور معمولی مدتی طول می‌کشد که مشتری کالا را برای بانک خریداری کند. در تسهیلات مبتنی بر کارت مرابحه به محض خرید و کشیدن کارت محاسبه سود انجام می‌شود؛

اما در تسهیلات مرابعه که مبتنی بر کارت نیست و مبلغ تسهیلات به حساب مشتری واریز می‌شود، دقیقاً از زمان امضای قرارداد یا واریز مبلغ به حساب مشتری سود محاسبه می‌شود. گاهی گفته می‌شود با توجه به اینکه هنوز خریدی انجام نشده است، سود دریافتی حذافصل روز امضای قرارداد و خرید کالا مصداق اکل مال به باطل است.

پیشنهادهای اصلاحی و بررسی آن

به نظر می‌رسد این اشکال حتی با حفظ شکل کنونی قرارداد قابل دفع باشد. در بیع مرابعه باید قیمت خرید یا قیمت تمام‌شده کالا و همچنین مقدار سود مشخص باشد. بنابراین طبق قرارداد مرابعه به مشتری اعلام می‌شود که کالای تعیین‌شده در موضوع قرارداد یا هر کالایی را که تمایل دارد به قیمت تعیین‌شده که معادل اصل تسهیلات است، خریداری کند و سپس به قیمت بیشتر که معادل اصل و سود تسهیلات است، به صورت نسیه به خود بفروشد. از منظر شرع تعیین مقدار سود از قاعده خاصی پیروی نمی‌کند و بستگی به توافق طرفین یا قوانین آمره و بالادستی دارد. بنابراین اشکالی ندارد محاسبه سود بر اساس تعداد روزهای قرارداد (از روز امضا تا روز پایان قرارداد) باشد؛ اما بعد از تعیین به مشتری اعلام شود طی روزهای آینده که کالا خریده یا خدمات را دریافت می‌کند، آن کالا و خدمت را به قیمت محاسبه‌شده مرکب از اصل و سود از بانک می‌خرد و به صورت اقساطی به بانک می‌پردازد. البته باید توجه داشت که خرید حتماً باید قبل از سررسید اولین قسط انجام شود؛ چراکه هر قسط از اقساط دریافتی از مشتری مشتمل بر اصل و سود است و اگر معامله صورت نگرفته باشد، دریافت سود از مشتری وجهی ندارد.

۵. نتیجه‌گیری و پیشنهادها

قرارداد تسهیلات مرابعه که در بانک مرکزی جمهوری اسلامی تدوین و

به شبکه بانکی ابلاغ شده است، اشکالات فقهی متعددی دارد که همگی قابل اصلاح است. بررسی فقهی قراردادهای مورد استفاده نیازمند اتخاذ مبنا در تطبیق قرارداد با شریعت اسلام و فقه امامیه است. در این زمینه احتمالات متعددی مطرح است و از میان آنها بهترین قول معیاربودن فتوای ولی فقیه است. همچنین در صورت صحت و نفوذ عقود مستحدثه و عدم انحصار آن در عقود متعارف طراحی قراردادها راحت‌تر خواهد بود. یکی دیگر از پیش‌فرض‌های بحث صحت و نفوذ انشای کتبی قرارداد است. این مسئله اختلافی است. بیشتر فقهای متقدم انشای کتبی را کافی نمی‌دانند؛ اما متأخران آن را صحیح می‌دانند.

نخستین اشکال قرارداد مرابحه آن است که این قرارداد درحقیقت توافق‌نامه یا وکالت‌نامه برای انجام بیع مرابحه است. توضیح آنکه در مرابحه وکالتی بانک با مشتری توافق می‌کند که وی کالایی را به صورت نقدی برای بانک خریداری کند و سپس آن را به صورت نسیه از وی خریداری کند. بنابراین هنگام امضای قرارداد موجود هنوز مرابحه‌ای شکل نگرفته است؛ حتی بنا بر صحت و نفوذ عقود مستحدثه نمی‌توان این قرارداد را به این شکل تصحیح کرد؛ چون عقدی مستحدثه به شمار نمی‌آید. یکی از راه‌های حل این اشکال تبدیل قرارداد فعلی به قرارداد فروش نسیه به صورت مرابحه است؛ به این صورت که بانک کالایی را به ویژگی‌های مشخص به صورت اقساطی با مدت و سود مشخص به صورت کلی فی‌الذمه به مشتری بفروشد و در ضمن قرارداد اجازه خرید مصداق آن را به مشتری بدهد و وکالت در قبض آن را به عنوان مصداق کلی فی‌الذمه به وی بدهد.

از دیگر اشکالات قرارداد فعلی اخذ تعهد از مشتری برای خرید کالا از بانک است؛ درحالی‌که از روایات استفاده می‌شود چنین تعهدی اعتبار ندارد. برای حل این مشکل بانک می‌تواند در معامله نقدی که کالا را برای خود می‌خرد، خیار شرط بگذارد و تا برای مدت معینی - مثلاً یک روز - حق

فسخ معامله را داشته باشد. با وجود این خیار در صورت استنکاف مشتری از خرید کالای مزبور، بانک می‌تواند با اعمال خیار شرط ضرر باقی‌ماندن کالا روی دست بانک را دفع کند. در مرابحه و کالتی نیز درج این شرط و اجرای آن بر عهده مشتری خواهد بود و در صورت استنکاف مشتری از اجرای آن، موظف به جبران خسارت خواهد بود.

اشکال دیگر قرارداد فعلی مرابحه خدمات است. برخی فقها موضوع بیع مرابحه را اعیان می‌دانند و معتقدند خدمات باید در قالب عقد اجاره مورد معامله قرار گیرند. به نظر می‌رسد برای جلب موافقت این دسته از فقها خدمات در قالب عقد اجاره به قرارداد اضافه شود و اشکال اجاره به مبلغ بیشتر نیز با انجام اموری مثل بیمه بخشی از عمل مورد اجاره قابل حل باشد.

از دیگر اشکالات قرارداد، دریافت سود در مدت انعقاد قرارداد تا انجام خرید توسط مشتری است. با اینکه هنوز عملیات خرید نقد و فروش نسبه محقق نشده است، بانک محاسبات سود را از همان روز امضای قرارداد شروع می‌کند. در پاسخ نیز گفته شد به لحاظ محاسبات ممکن است چنین باشد؛ اما مفاد قرارداد ربطی به روزشمار بودن سود ندارد و به صورت کلی سود معین به مبلغ اصل اضافه شده و بر مدت تعیین شده تقسیم می‌شود. البته لازم است پیش از سررسید قسط اول معامله صورت گیرد.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد.

سهم نویسنده در پژوهش

نویسنده مسئولیت کامل طراحی، اجرا، نگارش و تأیید نهایی مقاله را بر عهده داشته است.

تضاد منافع

نویسنده اعلام می‌دارند که هیچ تضاد منافی در رابطه با نویسندگی و یا انتشار این مقاله ندارد.

منابع

- اکبری، محمد (۱۳۹۳). *مراجه در اقتصاد اسلامی* (با نگرش ویژه به بانکداری). *اقتصاد و بانکداری اسلامی*، (۶)، ۶۵-۸۲.
- موسوی (امام خمینی)، سیدروح‌الله (بی‌تا). *تحریر الوسیله*. ج ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- موسوی (امام خمینی)، سیدروح‌الله (۱۴۲۸ق). *کتاب البیع*. تقریرات للخرم‌آبادی، ج ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- امامی، مصطفی (۱۳۸۰). ماده ۱۰ قانون مدنی مبنای قانونی انواع قراردادهای خصوصی. *نشریه کانون وکلا*، (۱۷۵)، ۱۵۴-۱۵۹.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). *کتاب المکاسب المحرمه والبیع والخيارات*. ط الحدیث، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶ق). *جامع المسائل*. ج ۲، قم: دفتر معظم‌له.
- جواهری، حسن (بی‌تا). *بحوث فی الفقه المعاصر*. ج ۲، ۱، بیروت: دار الذخائر.
- خرازی، سیدمحسن (۱۴۲۳ق). *البحوث الهامه*. ج ۱، بی‌جا: انتشارات در راه حق.
- خطیبی، مهدی (۱۴۰۱). *تطبیق شرعی در نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران*. سی‌ودومین همایش بانکداری اسلامی.
- خطیبی، مهدی (۱۴۰۳). *عقود مستحدثه از منظر فقه امامیه*. فقه، ۳۱ (۱۱۹)، ۷-۳۹.
- خویی موسوی، سیدابوالقاسم (۱۳۸۸). *المکاسب - مصباح الفقاهه*. تقریر محمدعلی توحیدی، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- سیزواری، سیدعبدالأعلی (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحكام فی بیان الحلال والحرام*. ج ۴، قم: مؤسسه المنار.
- سیستانی، سیدعلی. *منهاج الصالحین*. نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت ۲.
- سیفی مازندرانی، علی‌اکبر. *دلیل تحریر الوسیله - فقه الربا*. نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت ۲.
- صادقی، محمدحسین (۱۴۰۲). *درآمدی بر ضوابط کاربردی حاکم بر عقد مراجه در مطالعات بانکی*. *بلاغ مبین*، (۶۴-۶۵)، ۶۴-۸۸.
- طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). *تهذیب الأحکام*. ج ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- عاملی حسینی، سیدجوادبن محمد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (بی‌تا). *تذکره الفقهاء*. ط الحدیث، قم: مؤسسه آل‌البیت.
- قبولی درافشان، سیدمحمدهادی و سیدمحمدمهدی (۱۳۹۶). *تحلیل فقهی حقوقی ماهیت و قلمرو قرارداد مراجه، با رویکرد بانکداری بدون ربا*. *فصلنامه اقتصاد اسلامی*، ۱۷ (۶۶)، ۷۷-۹۹.

- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی، چ ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مشکینی، علی. مصطلحات الفقه. نرم افزار جامع فقه اهل بیت ۲.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲ق). بحوث فقهیه هامة. قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن ابی طالب^(ع).
- موسویان، سید عباس، و میثمی، حسین (۱۴۰۰). بانکداری اسلامی: مبانی نظری- تجارب عملی. ج ۱، چ ۲، پژوهشکده پولی و بانکی کشور.
- نراقی، احمد (۱۴۱۷ق). عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام. چ ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- نظریور، محمدنقی، و موسویان، سید عباس (۱۳۹۳). بانکداری بدون ربا از نظریه تا تجربه. چ ۱، بی جا: انتشارات دانشگاه مفید/ مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۳ق). قراءات فقهیه معاصره. چ ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت^(ع).