



اختلافات ناشی از عقد مرابحه در رویه قضایی ایران و مالزی

محسن پهلوانی^۱
پژمان پیروزی^۲
علی زارع^۳

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۶/۱۹ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۲/۰۸/۱۳

چکیده

مرابحه از عقود مالی اسلامی است که براساس ماده ۹۸ قانون برنامه پنج ساله پنجم مصوب ۱۳۸۹ به قانون عملیات بانکی بدون ربا، مصوب ۱۳۶۲ الحاق گردیده است. پیش‌بینی می‌شد بواسطه حجم عملیات بانکی، اختلافات میان طرفین عقد مرابحه فزونی یابد اما بانک‌ها و مؤسسات مالی شروطی را در این عقود درج می‌نمایند که متقاضیان چنین تسهیلاتی، انتخابی غیر از پذیرش آن ندارند لذا این سؤال مطرح است که آیا با وصف این شروط، اشخاص و مرتبطین عقد مرابحه، امکان استیفای حقوق خود در نظام حقوقی و محاکم ایران را دارند؟ رویه قضایی سایر کشورها از جمله مالزی چگونه است؟ تحقیق حاضر با روش توصیفی، تحلیلی، تطبیقی و گردآوری اسنادی اطلاعات به این نتایج انجامید که قراردادهای مرابحه بانک‌های ایران متضمن شروط تحمیلی است که مانع از طرح دعوی معترضان می‌شود و محاکم نیز بر اساس اصل حاکمیت اراده و قرارداد منعقد، در اکثر موارد به نفع بانک‌ها اتخاذ تصمیم می‌نمایند؛ لذا اصلاح قانون عملیات بانکی بدون ربا و بازنگری در شروط تحمیلی مندرج در قرارداد مرابحه، در راستای امکان طرح دعوی و استیفای حقوق اشخاص و اجرای دقیق عدالت ضروری است؛ در سیستم مالی و بانکداری مالزی با وصفی که چنین شروط تحمیلی مشاهده نمی‌شود، محاکم

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

Email: mohsen_pahlevani@yahoo.com

^۲ استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

Email: Pezhman_pirouzy@yahoo.com

^۳ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

Email: dr.alizare@gmail.com

ضمن تاکید بر شروط قراردادی، در صورتی که مفاد قرارداد برای یک طرف ناعادلانه باشد آن را کنار گذاشته و براساس عدالت و انصاف اتخاذ تصمیم می‌نمایند، لکن در صورت تعارض و یا تزاحم قواعد شرعی با قوانین فدرال، قضات عملاً قانون فدرال را در آراء صادره، ملاک عمل قرار می‌دهند.

کلید واژه‌ها

رابحه، اوراق بهادار مرابحه، رأس المال، شروط اختصاصی عقد مرابحه، شورای مشورتی شرع مالزی.

مقدمه

عقد مرابحه از انواع عقود اقتصادی و مالی اسلام است که با وصف إخبار به رأس‌المال و با لحاظ سود فروشنده و یا تولیدکننده کالا، می‌تواند نقش بسیار مهمی در تأمین مالی تولید و رونق اقتصادی کشور ایفا نماید. مرابحه یکی از ابزارهای تأمین مالی اسلامی برای تأمین مالی تولید، سرمایه در گردش واحدهای صنعتی، کشاورزی و معدنی است؛ همچنین این عقد برای حمایت از بازار سرمایه، انتشار اوراق صکوک و تأمین مسکن مورد استفاده قرار می‌گیرد. اقسام بیع به اعتبار إخبار به رأس‌المال و عدم إخبار آن چهار قسم می‌باشد که عبارت است از بیع مرابحه، مواضعه، تویبه و مساومه. (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ص ۴۲۴) بر اساس اینکه فروشنده در مقام تعیین ثمن، به سرمایه و هزینه‌هایی که برای به‌دست‌آوردن مبیع صرف نموده اشاره نماید یا خیر و اینکه ثمن را بیشتر، مساوی یا کمتر از سرمایه و هزینه‌های خویش قرار دهد، به انواعی تقسیم نموده‌اند: چنانچه فروشنده، ثمن را بدون ذکر سرمایه و هزینه‌های خویش اعلام نماید، قرارداد بیع، «مساومه» نامیده شده است؛ چنانچه ثمن مساوی با سرمایه و هزینه‌ها تعیین شود، «بیع تویبه» نام دارد؛ اگر ثمن کمتر از موارد یادشده باشد، قرارداد بیع، «مواضعه» خواهد بود و چنانچه ثمن اعلامی به مشتری عبارت از سرمایه و هزینه‌های صرف‌شده برای به‌دست‌آوردن مبیع به علاوه میزانی از سود باشد، قرارداد بیع «مرابحه» نام دارد. اجرای دقیق عدالت و پرهیز از ربا در قراردادهای مرابحه، اصلی اساسی است که باید همواره مورد توجه قرارداداشته باشد. درحال حاضر حجم قابل توجهی از تسهیلات بانکی در این قالب به متقاضیان پرداخت می‌شود و در این رهگذر، امکان طرح دعوی و استیفای کامل حقوق اشخاص در مقام تظلم خواهی، امری مسلم و انکارناپذیر است؛ لکن در نظام حقوقی ایران، برخی قوانین موجود و همچنین ذکر برخی شروط تحمیلی در قراردادهای مرابحه، عملاً امکان طرح و استیفای جامع حقوق اشخاص حقیقی و یا حقوقی را بطرفیت بانک‌ها و موسسات مالی سلب نموده است، در حالی که در سایر کشورها از جمله مالزی، چنین شروطی در قراردادهای مرابحه آنها دیده نمی‌شود.

(۱) تعریف و مفهوم مرابحه

مرابحه با ضمه (م) و کسره (ب) و (ح) به سود بازرگانی کردن، بر سود فروختن چیزی. (لغت‌نامه دهخدا،

۱۳۰۹-۱۳۱۰ ص) بیع و فروختن چیزی است به زیادت قیمت نخست. سود دادن کسی را بر متاع او قید گردیده است. (شهید ثانی ۱۴۱۰ق، ص ۲۳۱). عقد مرابحه نوعی از بیع است که براساس آن فروشنده، قیمت تمام شده کالا (قیمت خرید و هزینه‌های مربوطه) را به اطلاع مشتری می‌رساند و سپس تقاضای مبلغ یا درصد معینی به عنوان سود می‌کند. بیع مرابحه می‌تواند به صورت نقد یا نسبه منعقد شود، در صورتی که بصورت نسبه باشد، به طور معمول نرخ سود آن بیشتر می‌شود. همچنین لغت مرابحه از کلمه «ربح» اخذ شده است که به معنی «افزایش» و «سود» آمده است: رِبْحٌ - رِبْحاً و رِبَاحاً فی تجارته رابحَةً. رُبْحٌ هُوَ: جعله یربِح. رَابِحٌ مَرَابِحَةٌ هُوَ عَلَى سَلْعَتِهِ: اعطاهُ علیها رِبْحاً. (معلوف، ۱۳۸۳: ص ۲۴۴)

بیع مرابحه، به معامله ای اطلاق می‌گردد که فروشنده با اعلام بهای کالای خریداری شده، و ذکر سود معین خویش، آن را گران تر از قیمت خرید بفروشد. (جعفری لنگرودی، ج ۲، ۱۳۷۸: ص ۱۰۰۲). همچنین در بیانی دیگر آمده است که مرابحه یکی از عقود اسلامی است و عبارتست از «فروش کالا به بهای معلوم به مشتری، به ترتیبی که تمام یا قسمتی از بهای کالا به اقساط مساوی یا غیرمساوی در سررسید یا سررسیدهای معین دریافت شود (طوسی، ۱۴۰۷ق: ص ۶۰۵ و ۶۰۶-علاوه حلی، ۱۴۱۲ق، ص ۵۶). فروش کالا در عقد مرابحه می‌تواند به صورت نقدی یا اقساطی باشد؛ در بیع مرابحه فروشنده (بانک) هزینه تمام شده تحصیل دارایی (کالا) اعم از قیمت خرید، هزینه‌های حمل و نقل و نگهداری و سایر هزینه‌های مربوطه را به اطلاع مشتری می‌رساند و سپس تقاضای مبلغ یا درصدی اضافی بعنوان سود می‌کند (پهلوان و رضوی، ۱۳۸۶: ص ۷۹).

۲) انواع بیع مرابحه

در نظام فقهی و حقوق اسلام، بیش از پنجاه نوع بیع به اعتبار جنبه‌های مختلف عقد از جمله تأخیر یا تقدیم در پرداخت و تادیه ثمن و مبیع، جنس مبیع، اخبار به رأس مال، موجود بودن یا نبودن مبیع، استفاده یا عدم استفاده از الفاظ در انعقاد عقد و... احصاء گردیده است که به علت کثرت آنها و جلوگیری از اطاله بحث نیازی به طرح آنها در تحقیق حاضر نمی‌باشد؛ لکن در این میان بیع مرابحه به علت ویژگی‌هایی که دارد در نظام‌های پولی و بانکی و همچنین نظام‌های مالی کشورهای اسلامی برای تأمین مالی مورد توجه قرار گرفته است. مرابحه یکی از ابزارهای تأمین مالی اسلامی است که ضریب بالایی از عملیات بانک‌های اسلامی در جهان برای تأمین مالی تجارت از طریق این عقد انجام می‌گردد. یکی از مسائل مهم برای اقتصاد کشورهای اسلامی دوری‌جستن از رباست. بدیهی است فعالیت‌های اقتصادی سالم و بدون ربا مورد تأیید نظام حقوقی اسلام است؛ ولی مواردی که به ربا بینجامد نکوهش شده و مردود است. با توجه به آنچه گذشت و تعریفی که از مرابحه بیان گردید، در نظام اقتصادی و رویه جاری، بطور کلی بیع مرابحه به دو صورت انجام می‌گیرد.

۱-۲) مرابحه مستقل، علی الراس و یا اصالتی

در این نوع مرابحه، فروشنده به عنوان یک تاجر معمولی کالا را از بازار خریداری می‌نماید، به امید آنکه آن را با کسب سود به دیگری بفروشد. در این حالت فروشنده (تاجر) تمام ریسک ناشی از سرمایه‌گذاری را می‌پذیرد و دستیابی او به سود، منوط به بازاریابی و یافتن خریداری برای کالا خواهد بود. در نهایت فروشنده هنگام فروش کالای مورد نظر، باید قیمت تمام شده و سود خود را به خریدار اعلام نماید و خریدار دقیقاً بداند که فروشنده چه مقدار پول بابت بهای کالا و یا تصاحب آن (شامل بهای کالا به اضافه هزینه‌های حمل و نقل، گمرک و مالیات) پرداخته است و چه مقدار سود از آن کسب خواهد نمود.

۲-۲) مرابحه سفارشی و یا وکالتی

معمولاً این نوع مرابحه بیش از نوع اول رایج بوده و کاربرد دارد؛ کارکرد اصلی آن در فراهم نمودن کالا، دارایی، ابزار و ماشین آلات صنایع و شرکت‌ها و سایر مایحتاج اشخاص حقیقی است. در این نوع قرارداد سه طرف شامل خریدار، فروشنده و بانک (به عنوان واسطه) حضور دارند. بر مبنای این قرارداد بانک به عنوان واسطه، کالای مورد نظر را از فروشنده به خریدار منتقل می‌کند؛ به عبارت دیگر، بانک پس از دریافت سفارش یا تقاضای خرید یک کالای مشخص از سوی خریدار، برای انجام سفارش وی، کالای مزبور را از فروشنده خریداری و با دریافت سود مشخصی به خریدار می‌فروشد. در اینجا بانک، کالا را به شرطی می‌خرد که در سفارش خرید ارائه شده از سوی خریدار، به صورت مشخصی به قیمت کالا و ویژگی‌های آن اشاره شده باشد.

۳) شروط اختصاصی صحت عقد مرابحه

قانونگذار شرایط صحت عام عقود را در ماده ۱۹۰ قانون مدنی احصا نموده است که این شرایط عبارت است از قصد طرفین و رضای آنها، اهلیت طرفین، موضوع معین مورد معامله و مشروعیت جهت معامله که این شرایط برای عقد مرابحه نیز لازم‌الرعایه است. با توجه به اینکه در خصوص شرایط اساسی صحت عقود مفصلاً در مقالات و کتب حقوقی پرداخته شده از آن عبور می‌نمایم، لکن با توجه به اینکه در بسیاری از موارد، محل ابهام و اختلاف در قراردادهای مرابحه، مربوط شروط اختصاصی آن می‌باشد؛ ذیلاً به آن اشاره می‌نمایم.

لازم به ذکر است عدم رعایت شرایط اختصاصی، الزاماً موجب بطلان عقد مرابحه نمی‌باشد؛ بلکه ممکن است در موردی موجب خیار برای خریدار و در موردی دیگر موجب تبدیل شدن عقد مرابحه به نوعی دیگر از عقد بیع گردد. که البته در حالت اخیر بطلان عقد دور از احتمال نیست چرا که قصد طرفین یک چیز بوده در حالی که در عالم بیرون چیز دیگری واقع شده است.

۱-۳) لزوم ذکر ارزش واقعی مال خریداری شده و سود درخواستی

از شروط اختصاصی صحت مباحه که از سوی فقها و حقوقدانان مورد تاکید قرار گرفته اخبار راس المال حین انعقاد عقد است (حلی، ۱۴۰۸ ه ق، ج ۲، ص ۳۴) که این امر آن را از سایر عقود بیع از جمله مواضعه و تولیه متمایز می نماید؛ بر این اساس، از آنجایی که در عقد مباحه هم بحث راس المال و هم ربح مطرح است، هر کدام از طرفین عقد ضرورتاً می بایست نسبت به میزان آن علم داشته باشند، چرا که جهل به هر یک موجب جهل به ثمن خواهد شد و نتیجه‌ی آن بطلان عقد می باشد (حلی، ۱۴۰۸ ه ق: ج ۲، ص ۳۶).

سوالی که مطرح می شود این است که، در صورتی که فروشنده نسبت به ثمن معامله تخفیف قائل شود، آیا این تخفیف باید به اطلاع مشتری برسد؟ جواب سوال به این شرح است:

چنانچه در معامله مبلغی به عنوان تخفیف داده شود و معامله پس از تخفیف منعقد گردد، عرضه کننده (فروشنده در عقد مباحه) حق ندارد قیمت کالا را پیش از زمان تخفیف اعلام نماید، آنچه در ماده ۳ دستور العمل اجرایی قرارداد مباحه در خصوص تهیه‌ی کالا یا خدمات مشتریان با تخفیف از سوی بانکها بیان داشته است: بانکها می توانند در چهار چوب عقد مباحه با اخذ تخفیف از تولید کنندگان یا عرضه کنندگان اموال یا خدمات، نسبت به واگذاری آن به متقاضیان اقدام نمایند.

در این حالت چنانچه اعمال تخفیف قبل از انعقاد عقد صورت گرفته، به شرح مذکور؛ این تخفیف نمی تواند به قیمت کالا اضافه شده و در نتیجه قیمت راس المال، قیمت کالا با لحاظ تخفیف بوده که می بایستی به خریدار اعلام و اخبار نمود. لکن اگر تخفیف پس از عقد صورت گرفته اخبار قیمت راس المال در زمان انعقاد عقد جایز خواهد بود، چرا که مبلغ کاسته شده از ثمن به خاطر ابراء موجب خروج آن از ثمن نبوده و در مقام اخبار، آن مبلغ نیز جایز است به همراه اصل ثمن اخبار گردد (علیزاده، بهروز، ۱۳۹۶، صص ۱۲۶ و ۱۲۷).

برخی معتقدند که چنانچه کذب و اشتباه بایع در اعلام قیمت واقعی و دقیق راس المال کشف شود، مشتری خیار فسخ دارد (العاملی- ۱۴۱۰ ه ق، ص ۱۱۷) ایشان بر این اعتقاد هستند که در فرض ثبوت خیار، مشتری مختار به فسخ و یا قبول مبیع با همان ثمن المسمی در مباحه می باشد (نجفی- ۱۴۰۴ ه ق: ج ۲۳ ص ۳۱۷).

برخی دیگر نیز معتقدند از آنجایی که فرشنده با اعلام راس المال و ربح مربوطه نسبت به تعیین ثمن اقدام نموده است، لکن متعاقباً چنانچه فروشنده اقرار نماید که مثلاً قیمت راس المال ۹۰ دینار بوده و به اشتباه ۱۰۰ دینار اعلام کرده است، بیع صحیح بوده و مشتری خیار فسخ ندارد (طوسی- ۱۳۸۷ ه ق: جلد ۲ ص ۱۴۲).

نکته‌ی حائز اهمیت این است که چنانچه کذب در اخبار راس المال به واسطه‌ی اقرار بایع کشف شود و یا مشتری توسط ادله و یا بینه بر آن واقف شود متفاوت است؛ چنانچه این امر به اعتبار اقرار بایع معلوم

و کشف گردد (همانند مثالی که فوقاً ذکر گردید) مشتری حق فسخ نداشته لکن چنانچه مشتری راسا بر آن علم و آگاهی یابد، خیار برای مشتری ثابت و مستقر می‌گردد (طوسی-۱۳۸۷ ه. ق. ج ۲ ص ۱۴۳) و عده‌ی دیگری نیز بر این اعتقادند ضرر ناشی از کذب اخبار بایع را با اسقاط مبلغ زیاده بر راس المال نمی‌توان مرتفع نمود. بر فروشنده واجب است قیمت خرید و هزینه‌های پرداختی را صادقانه به خریدار خبر دهد و چنانچه در اخبار از قیمت خرید دروغ بگوید مشتری -بنا به قول مشهور- بین فسخ عقد و گرفتن کالا با همان قیمتی که در عقد معین شده، مخیر است (نجفی، ج ۲۳، ۱۹۸۱ م: ص ۳۱۷).

در این میان باید نکته‌ای را نیز مورد توجه قرار داد و آن این است که: «هرگاه بازرگانی، برای فروش، کالایی در اختیار دلال بگذارد و قیمت آن را مشخص کند و بگوید هرچه بیشتر فروختی از آن خودت باشد، دلال نمی‌تواند آن را به بیع مباحه بفروشد؛ چون شرط بیع مباحه اخبار از قیمت خرید کالا است؛ در حالی که دلال آن کالا را نخریده تا مشتری را از قیمت خرید آن مطلع سازد؛ لیکن اگر دلال، خریدار را از قیمت مشخص شده آگاه سازد و کالا را به بیشتر از آن بفروشد، معامله صحیح است؛ هرچند بیع مباحه نخواهد بود. البته در این صورت، در اینکه دلال مستحق مبلغ مازاد خواهد بود یا آنکه آن مبلغ به عنوان بهای کالا به مالک برمی‌گردد، اختلاف است.» (جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، ج ۳، ۱۴۲۶ق: ص ۶۴۷) این نظر مستند به روایاتی از جمله روایتی از امام صادق علیه السلام می‌باشد که در کتاب من لا یحضره الفقیه وارد شده است. ابوالصباح کنانی و سماعه گویند: از امام صادق علیه السلام سؤال شد، مردی متاعی را برای فروش از بازاریان می‌گیرد. آنان برای او قیمتی معین می‌کنند و می‌گویند این‌ها را بفروش و هرچه اضافه فروختی از آن تو باشد. فرمود: اشکالی ندارد ولی رأس مال تعیین نکند. (قمی، ج ۳، ۱۴۱۳ق: ص ۲۱۵) این شرط در کتب عامه نیز مورد تاکید قرار گرفته است (حسنین، ۱۴۱۷ق: ص ۲۰).

در قرارداد بیع مباحه، فروشنده باید دقیقاً میزان سود مورد انتظار خود را معین و به خریدار اعلام نماید. عدم تعیین سود و یا اعلام قیمتی پایین تر از قیمت خریداری شده در قرارداد، با وجود اینکه ممکن است قرارداد صحیحی باشد لکن دیگر قرارداد بیع مباحه نخواهد بود؛ این شرط نیز در کتب عامه مورد تاکید قرار گرفته است (حسنین، ۱۴۱۷ق: ص ۲۰).

۲-۳) مطابقت شرایط خرید نقدی و یا نسبه‌ای مباحه در هنگام فروش

چنانچه فروشنده در عقد بیع مباحه، خودش کالایی را که اکنون قصد فروشش را دارد به نسبه و به مدت خریده باشد، باید به هنگام فروش براساس عقد مباحه، همان مهلت را برای مشتری قائل شود. این شرط مستخرج است از روایاتی از جمله روایتی که در کتاب الکافی وارد شده است که بدین شرح می‌باشد: «از امام صادق علیه السلام در مورد مردی سؤال شد که کالایی را به مدت می‌خرد، که امام می‌فرمایند وی حق بیع مباحه بر آن کالا ندارد مگر آنکه فروشنده براساس همان مهلتی که خریده

است در عقد مباحه بفروشد و اگر براساس مباحه بفروشد و خریدار را از آن مهلت آگاه ننماید، برای خریدار مهلتی مانند همان مهلت وجود خواهد داشت» (کلینی ۱۴۰۷ ق: ج ۵، ص ۲۰۹). علت لزوم اعلام نسیه بودن یا نبودن نوع خرید، آن افزایش قیمتی است که به علت نسیه بودن خرید بوجود می‌آید و به عبارت دیگر قیمت رأس المال را بالا می‌برد و علت این افزایش قیمت نیز باید به مشتری اعلام شود؛ نکته دیگر ضمانت اجرای آن از دیدگاه فقهاست. شیخ طوسی در دو کتاب الخلاف (طوسی، ج ۳، ۱۴۰۷ ق: ص ۱۳۵) و المبسوط فی فقه الامامیه (طوسی، ج ۲، ۱۳۸۷ ق: ص ۱۴۲) متعرض این بحث شده است؛ ایشان این بیع مباحه را صحیح دانسته لکن در این حالت، برای خریدار در صورتی که متوجه این مساله بشود، اختیار فسخ معامله داده است.

در فقه عامه نیز «برطبق فتوای سرخسی، صداقت و راستی ایجاب می‌کند که این اطلاعات به خریدار داده شود؛ زیرا به طور معمول قیمت کالاهایی که نسیه خریداری می‌شوند، از قیمت کالاهایی که نقدی معامله می‌شوند بیشتر است.» (حسین، ۱۴۱۷ ق: ص ۴۵)

۳-۳) عدم تفکیک و نسبت دادن سود به اجزاء مال خریداری شده

در بیع مباحه، نسبت دادن سود به رأس المال - که در روایت به بیع ده یازده یا ده دوازده تعبیر شده - جایز نیست؛ بدین صورت که اگر بگوید: این کالا را به تو به مبلغ صد تومان و با سود هر ده تومان، یک تومان فروختم؛ جایز نیست لیکن اگر بگوید این کالا را به ۱۱۰ تومان یا به صد تومان با ده تومان سود فروختم، کراهت برطرف می‌شود. (طوسی، ۱۴۰۰ ق: ص ۳۸۹)، محقق حلی فرق بین نسبت سود به پول و نسبت سود به کالا را بروز شبهه ربا دانسته اند. (حلی، ۱۴۱۲ ق: ص ۲۳۹)

امروزه، استفاده از قرارداد مباحه توسط بانک‌های اسلامی بر مبنای ساختار جدید مباحه یا المباحه للامر بالشراء می‌باشد. این قرارداد توافقی بین بانک و مشتری است؛ مشتری از بانک اسلامی تقاضای خرید کالای خاصی را دارد و بانک نیز آن کالا را برای وی براساس پرداخت معوقه و برای دوره‌ی زمانی خاصی بر مبنای مباحه می‌خرد که شامل هزینه‌ی کلی کالا به علاوه سود توافق شده است؛ سپس، بانک می‌پذیرد که خرید کالا را براساس قیمت توافقی به عهده گرفته و آن را به مشتری بفروشد، مشتری نیز می‌پذیرد تا خرید کالا از بانک را براساس مباحه و با قیمت معوقه به عهده بگیرد.

پس از آن، بانک کالای درخواستی را می‌خرد و آن را به مشتری براساس مباحه و مطابق با توافق اولیه می‌فروشد، این فرآیند سیستمی، یکپارچه و معامله‌ای واحد با مراحل مرتبط به هم است که هر دو طرف از قبل در خصوص مفاد انعقاد و اجرای قرارداد توافق کرده‌اند تا به هدف مالی خاصی برسند؛ بنابراین اگر هر کدام از این مراحل بدرستی انجام نگیرد، هدف نهایی این معامله نمی‌تواند همانطور که خواسته شده بدست آید، که در این حالت یا برای یک طرف قرارداد یا برای هر دو آنها زیان - ده خواهد بود (مصوبه شماره‌ی ۴۰ و ۴۱ (۳/۵)(۲/۵)، آکادمی فقه اسلامی مالزی ۱۹۹۸ م).

«وقتی شخصی کالایی را به شخص دیگری نشان می‌دهد و می‌گوید: این را بخر و من به تو سود بیشتری می‌دهم و او نیز آن را می‌خرد؛ این خرید جایز است و کسی که می‌گوید من بصورت مشروط به تو سود خواهم داد، اگر او خواستار این خرید باشد، خرید را انجام می‌دهد و در صورت عدم تمایل آن را انجام نخواهد داد؛ و اگر بگوید، این کالا را بخاطر من بخر و آن کالا را برای او توصیف کند، یا هر کالایی که می‌خواهی و من به تو سود خواهم داد، تمام این موارد به یک صورت است، اولین خرید جایز است و برای چیزی است که خود خواسته تا قیمتش را پرداخت کند؛ اگر کالا غیرمادی است، در این صورت بایستی توصیف شود، اگر بگوید، این را بخر و من نیز آنرا بخرم و هر دو براساس خواسته‌ی خود، خرید انجام دهند، اگر آن را تجدید کنند، مجاز است...» (الشافعی، ۱۹۷۳م: ص ۵۶)

۴) شروط الحاقی و تحمیلی قراردادهای مرابحه

در قراردادهای مرابحه که از یک طرف بانک و یا موسسات مالی قرار داشته و از طرف دیگر دریافت کنندگان تسهیلات بانکی آنها را امضا می‌نمایند؛ برخی شروط در این قراردادها درج می‌شود که مصداق شروط تحمیلی و یا الحاقی هستند

شروط تحمیلی در قرارداد عبارت است از شرطی که یکی از متعاقدين با سوء استفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی و یا تخصص خویش به طرف دیگر تحمیل می‌نماید؛ شرطی است که اصل عدالت و انصاف را که از اصول بنیادین احکام فقهی و شرعی بوده را نقض می‌کند (کریمی، عباس ۱۳۸۱، ص ۷۵). در سیستم بانکی کشور، عقد مرابحه در قالب قراردادهایی از پیش تعیین شده توسط بانک مرکزی به بانک‌ها و موسسات مالی ابلاغ می‌شود که این قراردادها بصورت فرمی واحد متضمن درج برخی شروط است که بطور یکجانبه تامین کننده منافع بانک است و حقوق مشتری در آن دیده نمی‌شود؛ این همان شروط تحمیلی است که در قرارداد ذکر می‌گردد. دریافت کننده تسهیلات بانکی ناچار است همه شروط مزبور را قبول و امضا نماید یا از دریافت تسهیلات انصراف دهد؛ به عبارت دیگر اراده متقاضی تسهیلات در این قراردادها در حدی موثر است که وارد قرارداد شود یا از انعقاد آن خودداری کند (عادل و شمس الهی، ۱۳۹۷، ص ۲۱۱) این در حالی است که بر اساس اصل حاکمیت اراده، طرفین عقد مرابحه می‌بایستی بتوانند حقوق و تعهدات خود در قرارداد مرابحه را انتخاب و بر آن تراضی نمایند.

۵) مصادیق شروط الحاقی و تحمیلی قراردادهای مرابحه

بانک‌ها و موسسات مالی، در هنگام تنظیم قراردادهای مرابحه با تمسک به قوانین موضوعه از جمله قانون بانکداری بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ با الحاقات بعدی از جمله اصلاحیه ماده ۱۵ قانون موصوف مورخ ۶۵/۱۲/۲۸ بندها و شروطی را در آن قید می‌نمایند که متقاضیان و دریافت کنندگان تسهیلات مرابحه بالحاظ شرایط اقتصادی و نیاز به اخذ تسهیلات مرابحه، حقیقتاً چاره ای جز پذیرفتن آن ندارند؛

شروطی که با پذیرفتن آن از سوی متقاضی تسهیلات، مسایل و مشکلات فراوانی را برای ایشان در استیفای حقوقشان ایجاد خواهد کرد.

۱-۵) اعلام عدم هرگونه اختلاف در مفاد قرارداد

در قراردادهای مرابحه صراحتاً قید می‌شود که " طرفین اقرار و اعتراف می‌نمایند که در مفاد آن هیچگونه اختلافی ندارند و حق هرگونه ایراد و اعتراضی رانسبت به مفاد قرارداد و اقدامات اجرایی بانک و.....از خود سلب و ساقط می‌نمایند" (ماده ۲۳ قرارداد مرابحه بانک سپه). همین امر موجب می‌شود که مدعی و معترض به قرارداد مرابحه نتواند در مرجع قضایی تظلم خواهی نموده و دعوی خود را به اثبات رساند و در فرض طرح دعوی نیز، در غیر از مواردی که ایراد شکلی به قرارداد مرابحه وارد باشد، حکم علیه معترض که در اکثر موارد دریافت کنندگان وام و تسهیلات مرابحه هستند، صادر خواهد شد. مع الوصف درج چنین قیود و شروط تحمیلی در عقد مرابحه که جواز درج آن نیز بموجب قانون عملیات بانکی بدون ربا به بانکها و موسسات بانکی داده شده است - همچنانکه در ادامه ذکر خواهد شد- در واقع موجب عدم امکان طرح دعوی از سوی دریافت کنندگان تسهیلات مرابحه، استیفای جامع حقوق ایشان و اجرای عدالت خواهد شد.

۲-۵) قابل برگشت بودن اشتباه بانک در محاسبات و ملاک عمل بودن دفاتر بانک

در قراردادهای مرابحه قید می‌شود که در هر صورت دفاتر و صورت حسابهای بانک معتبر و مورد ملاک عمل است و همچنین طرفین توافق نمودند هرگونه اشتباه بانک در محاسبات قابل برگشت بوده و ضمن قبول محاسبات اصلاحی، نسبت به تنظیم و اصلاح اوراق مربوطه اقدام نمایند (ماده ۷ قرارداد مرابحه بانک سپه و تبصره ذیل آن). این در حالی است که چنانچه طرف مقابل بانک، شخص حقوقی و یا تاجری باشد که قانوناً می‌تواند به دفاتر خود استناد نماید، با پذیرفتن این شروط عملاً امکان اثبات ادعای خود در مرجع قضایی را از دست خواهد داد. موارد مذکور از جمله شروط تحمیلی هستند که در قراردادهای مرابحه با اشخاص درج می‌شوند که به جهت خودداری از اطاله کلام از ذکر سایر مصادیق صرف نظر می‌شود. مع الوصف شروط ازپیش تعیین شده در قراردادهای چایی بانکی، مخالف اصل آزادی اراده و در روابط معاملی "تحمیل اراده بانک بر مشتری" و موجب تبدیل قراردادهای مزبور به عقود الحاقی می‌شود؛ شروطی که در یک قرارداد بصورت یکجانبه تنظیم و با اعلام تهیه کننده قرارداد، افراد دیگر به آن ملحق می‌شوند و امضای آن به منزله تراضی و توافق طرفین خواهد بود (عطار شهرکی، سیده مریم؛ ۱۴۰۰ ص ۱۸۴).

در حقوق ایران بر اساس "قاعده لاضرر" می‌توان به مقابله با شروط تحمیلی رفت و در جایی که طرف مقابل به استناد "قاعده لزوم وفای به شرط" طرف دیگر را به انجام امری تحمیل می‌کند، عملش

مشمول قاعده لاضرر بوده و لزوم وفای به شرط را مرتفع می‌سازد، همچنانکه در حقوق غرب و خصوصاً فرانسه، بهترین تئوری که جهت مبارزه با شروط تحمیلی می‌تواند مورد استفاده قرارگیرد تئوری "سوءاستفاده از حق"^۱ است؛ کسی که به طرف مقابل شروطی را تحمیل می‌کند، از حق خود سوء استفاده کرده است؛ که این امرقابل قبول نمی‌باشد (کریمی، عباس، ۱۳۸۱، ص ۸۱)

۶) رویه قضایی ایران و مالزی در دعاوی ناشی از عقد مرابحه

با توجه به مطالب ذکر شده و برخی دعاوی که در اینخصوص مطرح شده است، به رویکرد دستگاه قضا در ایران و مالزی درخصوص نحوه برخورد با دعاوی و اختلافات راجع به قراردادهای مرابحه خواهیم پرداخت؛ نقش و جایگاه این عقد و میزان رعایت قواعد و مقرات حاکم برآن از سوی طرفین عقد مرابحه در آراء صادره از مراجع قضایی متجلی می‌باشد

۶-۱) رویه قضایی دعاوی ناشی از مرابحه در ایران

با توجه به نیاز تولید کنندگان و حتی مصرف کنندگان به دریافت تسهیلات بانکی و شرایط حاکم بر بازارهای پولی و مالی، بانکها در تنظیم قراردادهای مرابحه از قوانین موضوعه خصوصاً قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ با الحاقات بعدی و بالاخص اصلاحیه ماده ۱۵ قانون موصوف مورخ ۶۵/۱۲/۲۸ تبعیت می‌نمایند؛ بر اساس ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا^۱ کلیه قراردادهایی که در اجرای مواد "۹"، "۱۱"، "۱۲"، "۱۳" و "۱۴" این قانون مبادله می‌گردد، به موجب قراردادی که بین طرفین منعقد می‌شود، در حکم اسنادلازم‌الاجراء و تابع مفاد آیین‌نامه اجرایی اسناد رسمی است^۱.

از آنجایی براساس ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا، قراردادهای موضوع این قانون در حکم اسناد رسمی قلمداد شده است، همین امر، موانع ومحدودیت‌هایی را برای مدعیان و معترضین به این قرارداد را ایجاد خواهدکرد؛ این موضوع در حالی است که قانونگذار در گامی دیگر، ضمن اصلاحیه ای به قانون مزبور در ۱۳۶۵/۱۲/۲۸ مقرر می‌دارد:

"ماده واحده - ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا به شرح ذیل اصلاح و دو تبصره به آن اضافه می‌شود:

ماده ۱۵ اصلاحی - کلیه قراردادهایی که در اجرای این قانون مبادله می‌گردد به موجب قراردادی که بین طرفین منعقد می‌شود در حکم اسناد رسمی بوده و در صورتی که در مفاد آن طرفین اختلافی نداشته باشند لازم‌الاجرا بوده و تابع مفاد آیین‌نامه اجرایی اسناد رسمی می‌باشد مقررات موضوعه باید در دفاتر اسناد رسمی انجام شوند" قانون فوق مشتمل بر ماده واحده و دو تبصره در جلسه روز پنج‌شنبه بیست و

^۱ abus de droit

هشتم اسفند ماه یک هزار و سیصد و شصت و پنج مجلس شورای اسلامی تصویب و به تأیید شورای نگهبان رسیده است.

تمامی بانکها نیز به تبعیت از این موضوع آن را ملاک خود در انعقاد قرارداد دانسته و در قراردادهای مرابحه با ذکر این مطلب که قرارداد مرابحه تابع ماده ۱۵ اصلاحیه قانون عملیات بانکی بدون ربا می‌باشد؛ در آن قید می‌نمایند که " طرفین هیچگونه اختلافی در مفاد و مندرجات قرارداد ندارند". آنچه محرز و مسلم است، اتکال آحاد جامعه به حمایت‌های قضایی در برخورد با اختلافات ناشی از عقود می‌تواند ضمن اثر بخشی آنها، موجب تعالی و رشد اقتصادی جامعه شود. در وضعیت کنونی با لحاظ قانون عملیات بانکی بدون ربا و الحاقات و اصلاحات بعدی آن، عملاً هرگونه ادعای اشخاص و مرتبطين عقد مرابحه را با چالش مواجه نموده و همین موضوع باعث شده است که حسب بررسی‌های میدانی، بسیاری از اختلافات در مراجع قضایی طرح نشود و یا در صورت طرح موضوع، اکثرتربیه به اتفاق آنها بواسطه تبعیت مراجع قضایی از اصل حاکمیت اراده و شروط مندرج در این عقود، منجر به صدور حکم به نفع بانکها و موسسات مالی پرداخت کننده تسهیلات مالی مرابحه گردد. آنچه در واقعیت امر رخ می‌دهد این است که متقاضیان اخذ تسهیلات بانکی چاره ای جز پذیرفتن این شروط تحمیلی ندارند؛ غافل از اینکه پذیرش این شروط خصوصاً پذیرش ماده ۱۵ اصلاحی فوق الذکر، عملاً راه را بر طرح هرگونه ایراد و اعتراضی بسته و همین امر موجب جولان و استفاده هرچه بیشتر بانکها از این ظرفیت و کسب سود حداکثری آنان خواهد شد.

مع الوصف بعنوان مصداق، از جمله آراییی که در اینخصوص صادر شده ذیلا بیان می‌گردد:

۱-۱) دعوی مطروحه بطرفیت موسسه اعتباری نور

در پرونده کلاسه ۹۷۰۹۹۸۲۶۲۰۴۰۰۵۳۲ شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ساوجبلاغ تصمیم نهایی شماره ۹۹۰۹۹۷۲۶۲۰۴۰۰۵۵۶

خواهان: آقای افشین... فرزند ولی‌اله با وکالت آقای رضا... فرزند مختارعلی خوانده:

- موسسه اعتباری نورهشتگرد، به نشانی استان البرز، شهرستان ساوجبلاغ، هشتگرد، خیابان امام خمینی (ره)، بعد از بانک ملی
- موسسه نور شعبه مرکزی.....
- موسسه مالی اعتباری نور سرپرستی البرز.....

خواسته: الزام به ایفای تعهد (غیرمالی) مبنی بر اصلاح نرخ سود مرابحه و تعداد اقساط وام دریافتی از

موسسه خوانده

باسمه تعالی

به تاریخ ۹۹/۰۶/۱۰ در وقت فوق العاده شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی هشتگرد به تصدی امضاء کننده ذیل تشکیل است پرونده کلاسه ۹۷۰۶۳۷ تحت نظر است دادگاه با بررسی اوراق و محتویات پرونده ختم رسیدگی را اعلام و به شرح ذیل مبادرت به صدور رأی می نماید:

رأی دادگاه

در خصوص دادخواست آقای افشین..... فرزند ولی اله به طرفیت ۱- مؤسسه مالی اعتباری نور (واحد هشتگرد) ۲- مؤسسه مالی اعتباری نور (دفتر مرکزی) ۳- مؤسسه مالی اعتباری نور (سرپرستی استان البرز) به خواسته الزام به ایفای تعهد مبنی بر اصلاح نرخ سود و تعداد اقساط وام دریافتی از مؤسسه خوانده؛ خواهان در تشریح خواسته بیان نموده است که در سال ۱۳۹۵ از مؤسسه مالی اعتباری نور شعبه هشتگرد وام مباحه یکصد و پنجاه میلیون تومانی با نرخ سود ۱۸ درصد و بازپرداخت ۳۶ ماهه نموده است دفترچه اقساط ۳۶ ماهه با سود ۱۸ درصد صادر و تحویل شده است که مقرر شد اولین قسط ۵۷ میلیون و ۵۵۳ هزار و ۸۰۰ ریال و سایر اقساط ۵۳ میلیون و ۵۵۳ هزار و ۸۰۰ ریال باشد در زمان پرداخت اولین قسط مبلغ اولین قسط پنج میلیون و نهصد هزار تومان تعیین شده بود که مورد اعتراض واقع شد و پس از مکالمه تلفنی با رییس مؤسسه خوانده ردیف اول مقرر شد نسبت به اصلاح سود و مبلغ اقساط اقدام شود لکن اقدامی به عمل نیامد که پس از بررسی به عمل آمده مشخص شد سود محاسبه شده ۳۴ درصد و تعداد اقساط ۴۸ ماهه می باشد طی مکاتبات به عمل آمده مقرر شد که تعداد اقساط ۳۶ ماه و میزان سود ۱۸ درصد محاسبه شود لکن تاکنون اقدامی به عمل نیامده است آقای رضا..... از خواهان طی لایحه شماره ۹۳۸۲۹۶ اعلام نموده است دادگاه قرار ارجاع امر به کارشناس صادر نموده است که پس از وصول نظریه کارشناسی نسبت به آن از سوی خواندگان اعتراض به عمل آمده و قرار ارجاع امر به هیأت سه نفره مجدداً وکیل خوانده نسبت به نظریه مذکور اعتراض نموده است همچنین دادگاه از بانک مرکزی درخصوص این که آیا مؤسسه مالی اعتباری نور زیر نظر بانک مرکزی می باشد و می بایست بخشنامه های بانک مرکزی را رعایت نماید استعلام به عمل آمده است که بانک مرکزی نیز طی نامه شماره ۹۹/۱۷۰۳۶۴ اعلام نموده است که مؤسسه مالی اعتباری نور زیر نظر بانک مرکزی بوده و موظف به رعایت کلیه آیین نامه ها و بخش نامه های بانک مرکزی می باشد دادگاه پس از بررسی اوراق و محتویات پرونده و با عنایت به قرارداد منعقد فی مابین خواهان و خوانده ردیف اول و به عنوان اعطا کننده تسهیلات به خواهان و این که تمامی دفترچه های صادره به صورت ۳۶ ماه با سود ۱۸ درصد بوده است و نظر به این که حسب نظریه کارشناس یک نفره و هیأت سه نفره در زمان ارایه تسهیلات سود دریافتی از تسهیلات حسب بخشنامه بانک مرکزی ۱۸ درصد بوده است و این که طبق استعلام به عمل آمده از

بانک مرکزی مؤسسه اعتباری نور زیر نظر بانک مرکزی بوده و می‌بایست کلیه بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های مصوب بانک مرکزی را اجرا نماید و اعتراض و کیل خواندگان در حدی نیست که موجب خدشه در نظریه هیأت سه نفره کارشناسی باشد لذا دادگاه دعوی خواهان را وارد دانسته مستنداً به مواد ۱۹۸، ۵۱۵، ۵۱۹ و مفهوم مخالف ماده ۲۶۵ از قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۱ الی ۱۱ و ۳۷ از قانون پولی بانکی کشور و ماده ۲۰ قانون عملیات بدون ربا و رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ مورخ ۹۹/۰۵/۲۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور ضمن الزام خواندگان به اصلاح نرخ سود تسهیلات اعطایی به خواهان به از ۳۴ درصد به ۱۸ درصد و تعداد اقساط از ۴۸ قسط به ۳۶ قسط خواندگان را از باب تسبیب به پرداخت دو میلیون و پانصد و بیست هزار ریال هزینه دادرسی و ششصد و بیست و سه هزار و شصت و نه ریال تعرفه خدمات قضایی و حق الوکاله و کیل طبق تعرفه در حق خواهان محکوم می‌نماید. رأی صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان البرز می‌باشد. متعاقب تجدید نظر خواهی انجام شده و طرح موضوع در شعبه ۱۰ دادگاه تجدید نظر استان البرز طی کلاسه ۹۸۰۲۸.....۳۶۵، رای بدوی تایید می‌گردد. بر اساس رای صادره و دیگر موارد مشابه ملاحظه می‌شود که، بخشنامه‌های بانک مرکزی برای بانک‌ها در انعقاد قرارداد لازم الاجرا بوده و در جایی که قرارداد مباحه بدون توجه به رویه جاری، بخشنامه‌ها و مصوبات ابلاغی بانک مرکزی صورت پذیرد، دادگاه ضمن ورود به ماهیت، حکم مقتضی صادر خواهد کرد.

۲-۱-۶) دعوی آقای حسین... بطرفیت بانک سپه شعبه مرکزی البرز

آ دعوی مطروحه بطرفیت بانک سپه شعبه مرکزی البرز به خواسته ابطال عملیات تملیکی بانک راجع به تضامین اخذ شده از وثیقه گذار تسهیلات اعلامی مباحه و طرح موضوع در شعبه سوم حقوقی استان البرز در پرونده کلاسه ۹۵۸.....۹۶۱۰۰ ملاحظه می‌شود که بانک سپه شعبه مرکزی البرز در قبال پرداخت تسهیلات و وام مباحه، در راستای ماده ۱۰ قرارداد فی مابین مبادرت به اخذ وثیقه ملکی از آقای حسین... می‌نماید. در ادامه بلحاظ عدم پرداخت بموقع اقساط وام مباحه توسط مشارالیه، تضمین ملکی اخذ شده از سوی دریافت کننده تسهیلات مباحه را به اجرا گذاشته و آن را تملک نموده است، دردعوی مزبور خواهان (آقای حسین...) مدعی است که اولاً: وجه مورد نظر را در زمان سررسید قسط تامین نموده لکن بواسطه مطالبه شخص ثالث و توقیف حسابش قادر به پرداخت نبوده و ثانیاً: جمع مبلغ اقساط معوق و بدهی ایشان به مراتب کمتر از قیمت ملک مورد وثیقه بوده و براین اساس درخواست توقیف نقل و انتقال ملک و ابطال عملیات تملیکی بانک را تقاضا نموده است. دادگاه با ملاحظه اسناد و مدارک طرفین در رای صادره بدون ورود در ماهیت دعوی و به استناد ماده ۲۳ قرارداد فی مابین که طی آن طرفین اعلام داشته اند که "هیچگونه اختلافی در مفاد قرارداد ندارند و نحوه اجرای وثیقه توسط بانک مورد قبول وثیقه گذار بوده است، دعوی خواهان را رد می‌نماید. متعاقب تجدید نظر خواهی آقای حسین... و

طرح موضوع در شعبه ۲۱ دادگاه تجدید نظر استان البرز طی کلاس ۲۱۳.....۹۷۰۱۰۰ مورد رسیدگی قرار گرفته و در نهایت رای بدوی تایید شده و به حیظه قطعیت رسیده است.

آنچه از آراء صادره و رویه محاکم در رسیدگی به دعاوی اشخاص برداشت می شود این است که محاکم قضایی ایران، به استناد قرارداد فی مابین اشخاص و اصل حاکمیت اراده اتخاذ تصمیم می نمایند و صرفاً در صورتی که قرارداد مرابحه بدون رعایت شرایط شکلی و خارج از حیظه و صلاحیت بانک و همچنین خلاف بخشنامه های ابلاغی بانک مرکزی تنظیم شده باشد، به ماهیت دعوی می پردازند و گرنه ملاک اصلی در تصمیم گیری، قرارداد فی مابین اشخاص است؛ هرچند که قرارداد و شروط ضمن آن شروطی تحمیلی و خارج از عدالت بوده و دریافت کننده تسهیلات بر آن معترض باشد. به شرح پیش گفته، دریافت کننده تسهیلات مرابحه، ضمن عقد اقرار نموده هیچگونه اختلافی در مفاد قرارداد نداشته و بر اساس ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا، قرارداد مرابحه تنظیم شده در حکم اسناد رسمی لازم الاجرا می باشد و بدین سبب، عملاً راه را بر دستگاه قضا جهت ورود در ماهیت دعوی می بندد.

۲-۶) رویه قضایی دعاوی ناشی از عقد مرابحه در مالزی

اعتبار یک قرارداد از نحوه برخورد و نگرش سیستم قضایی آن کشور تشخیص داده می شود. قراردادهای بانکی اسلامی علاوه بر اصول و قواعد شرعی، از قوانین عام و جایه نیز پیروی می کنند که بعضی اوقات موجب بروز ابهام در اجرای قوانین شریعت خواهند شد (هیات خدمات مالی - اسلامی مالزی ۲۰۲۰م).

بانکداری و تامین دارایی مدرن اسلامی، یک صنعت نوظهور در سراسر جهان است. در مالزی کل دارایی های صنعت بانکداری اسلامی در سال ۲۰۱۸ به ۱۹۰ میلیارد دلار رسیده در حالی که صنعت بانکداری اسلامی در اندونزی در سال ۲۰۱۸ به میزان ۳۰ میلیارد دلار بوده است (هیات خدمات مالی اسلامی مالزی، ۲۰۱۹م) در بسیاری از کشورها، یکی از اصلی ترین مواردی که بر رشد صنعت مالی اسلامی تأثیر می گذارد چارچوب نظارتی حاکم بر قراردادهای تنظیمی در آن است؛ در کشور مالزی، در حالی که بعضاً ماهیت نظام حقوقی اسلام با قانون حاکم متفاوت است، بانک های اسلامی، مشمول همان سیستم حقوقی حاکم بر بانک های تجاری هستند؛ از این رو برای دستگاه های نظارتی و سیاست گذار حایز اهمیت است که اطمینان حاصل کنند، مؤسسات مالی اسلامی و بانک های تجاری از اینگونه قراردادها متضرر نشده و در شرایط نامطلوب قرار نگیرند.

مؤسسات مالی اسلامی مالزی انواع مختلفی از ابزار تأمین مالی اسلامی را ارائه می دهند؛ قراردادهای مرابحه یکی از پرکاربردترین قراردادها برای تأمین مالی شخصی و بازارهای سرمایه است. «طبق اعلام بانک مرکزی مالزی، قراردادهای مرابحه تقریباً نیمی از کل تأمین مالی ارائه شده توسط

بانک‌های اسلامی را شامل می‌شود، تقریباً ۲۰۸ میلیون رینگیت مالزی از ۵۱۲ میلیون رینگیت کل تامین مالی مالزی را در بر می‌گیرد» (هیات خدمات مالی اسلامی مالزی، ۲۰۲۰م: ص ۱۲).

قانون خدمات مالی ۲۰۱۳ میلادی، پایه و اساسنامه اصلی حاکم بر صنعت مالی مالزی است، در حالی که موسسات مالی اسلامی تحت قانون خدمات مالی اسلامی ۲۰۱۳ اداره می‌شوند، شورای مشورتی شرع مرکزی مالزی (SAC^۱) صلاحیت قانونی داشته تا احکام مرتبط با مسائل شرعی را صادر نماید، این صلاحیت ذیل قانون بانک مرکزی مالزی ۲۰۰۹ ارجاع داده شده است (هیات خدمات مالی اسلامی مالزی، ۲۰۲۰م) دادگاه می‌تواند برای هر موضوعی که مرتبط به داد و ستدهای مالی اسلامی است، موضوعات را از SAC استمراج و استعلام کند؛ حکم SAC برای دادگاه الزام آور است. (بندهای ۵۶ و ۵۷، قانون بانک مرکزی مالزی ۲۰۰۹). در صورت اختلاف بین SAC و کمیته شرعی که توسط یک موسسه مالی اسلامی تشکیل شده باشد، احکام SAC در امور مالی اسلامی حاکم و لازم‌الاجرا است. (بند ۵۸ قانون بانک مرکزی مالزی ۲۰۰۹)؛ قانون اساسی فدرال، قانون اساسی است که صلاحیت دادگاه‌ها را در مالزی تعیین می‌نماید؛ از آنجایی که امور بانکداری اسلامی تحت قلمرو "قانون تجارت" بوده که خود نیز ذیل صلاحیت دادگاه مدنی است، امور بانکی اسلامی ذیل صلاحیت دادگاه‌های مدنی قرار می‌گیرد. (موارد ۷ و ۸، ذیل لیست فدرال قانون اساسی مالزی ۱۹۵۷). اگرچه احکام شورای مشورتی شرع SAC برای دادگاه‌های مدنی الزام آور است، اما دادگاه‌های مدنی عملاً در مقام تعارض و یا تراجم، قوانین جاریه و حاکم فدرال مالزی را در حل و فصل پرونده‌های بانکی اسلامی اعمال می‌نمایند اما در رابطه با قراردادهای اسلامی که برای یکی از طرفین عقد بطور ناعادلانه تنظیم شده باشند، می‌توانند آن را کنار گذاشته و بر اساس عدالت و انصاف تصمیم بگیرند؛ برخی از آراء صادره را بعنوان نمونه ذکر می‌نماییم.

۱-۲-۶) دعوی شرکت سهامی بانک اسلام مالزی با شرکت سهامی خاص تجارت سانوی و دیگران^۲

در دعوی شرکت سهامی بانک اسلامی مالزی بطرفیت شرکت سهامی خاص تجارت سانوی (بعنوان خواننده ردیف اول) و سایر اشخاص حقوقی، دعوایی مطرح می‌شود (محمد اخوان عارف و همکاران، ۲۰۱۹م، ص ۳۱۱) سابقاً به خواننده ردیف اول سه تسهیلات بانکی اسلامی اعطا گردیده که یکی از آن تسهیلات، سرمایه در گردش مرابحه به منظور تأمین بودجه کسب و کار واردات و صادرات بوده است؛ وقتی خواننده اول نتوانست پرداخت قسط را به موقع انجام دهد، خواهان اخطاریه‌ای مبنی بر عدم

^۱ The shariah Advisory Council

^۲ Bank Islam Malaysia Bhd - Sunwai Trading Sdn Bhd & Ors

پرداخت دین در مورخ ۲۸ ژانویه ۲۰۱۰ صادر کرد تا پرونده تسهیلات بانکی خوانده را به حالت تعلیق درآورد. حکم بدوی سریعاً به نفع خواهان بلحاظ قصور در ادای دین صادر شد؛ متقابلاً خوانده ادعا می‌نماید که خواهان تسهیلات بانکی او را بر اساس ایمیلی که در مورخه ۱۵ ژانویه ۲۰۱۰ به اشتباه برای تعدادی از کارکنان وی فرستاده شده، توقیف نموده است و براین اساس خوانده ضمن عدم اطلاع، قادر به انعقاد قرارداد با تأمین کنندگان و بالمآل پرداخت اقساط نبوده است، همچنین خواهان ادعا کرده بود که اولین حساب خوانده به دلیل برخی فاکتورهای مشکوک ارسال شده به بانک (خواهان) توقیف شده است لکن قادر به ارائه شواهد و ادله در تأیید ادعای خود نبوده است؛ در این پرونده دادگاه اظهار داشت:

الف) بر اساس شواهد موجود، واضح است که حساب خوانده اول بدلیل ایمیل ارسال شده در مورخ ۱۵ ژانویه ۲۰۱۰ و در همان تاریخ توقیف شده است.

ب) بدلیل عدم وجود مدرکی دال بر اثبات ادعای خواهان مبنی بر مشکوک بودن فاکتورها، تصمیم به توقیف حساب خوانده اول صحیح نبوده است.

ج) بواسطه عدم ارائه دلیل از سوی خواهان، خوانده حق دریافت خسارت با مبلغ مشخص ۵۰۰۰ RM را دارد؛ پس از انشاء رای بدوی، هیچ تجدید نظر خواهی بر حکم صادره صورت نگرفته است. کاملاً واضح است دادگاه فارغ از قرارداد مباحه فی مابین طرفین دعوا، به شرایط قراردادی تاکید داشته و بر اساس آن رای مقتضی صادر نموده است.

۲-۲-۶) دعوی شرکت سهامی اسلامی می‌بانک و شرکت سهامی خاص سازندگان M-IO و^۱

اختلاف بین شرکت سهامی اسلامی می‌بانک و شرکت سهامی خاص سازندگان M-IO، یک پرونده فرجام خواهی است. (محمد اخوان عارف و همکاران، ۲۰۱۹م، ص ۳۱۲) فرجام خواه به مدعی علیه (فرجام خوانده) اول تسهیلات تأمین مالی مباحه اعطا کرده و فرجام خوانده دوم ضامن آن بوده است، بر اساس قرارداد مورخ ۳۱ جولای ۲۰۰۳، بانک تسهیلات مالی را اصلاح و تمدید کرده و قرارداد دیگری را در مورخ ۸ دسامبر ۲۰۰۴ تنظیم می‌نماید. بانک فرجام خواه ادعا داشته که قرارداد دوم، پیشنهاد و قرارداد اول را لغو و بی اعتبار نموده در حالی که فرجام خوانده اصرار داشته که قرارداد اولیه پابرجا بوده و مفاد آن لازم الرعایه است، دادگاه اظهار داشت که قرارداد اصلاحی مفهوم تأمین مالی مباحه را نقض کرده است. بانک در سال ۲۰۱۶ فرجام خواهی می‌نماید؛ بعد از استماع ادله، قضات نتیجه گرفتند، ادله ای که توسط خواهان اظهار شده، به شکل دقیقی مورد بررسی و رسیدگی قرار نگرفته و بدین لحاظ دعوی اولیه خواهان را اثبات و حکم به حقانیت آن صادر می‌نماید؛ دادگاه تجدید نظر فرجام خواهی را تأیید و فرجام

^۱ Maybank Islam Berhad v M-IO Builders Sdn Bhd & Anor

خواهی متقابل با ارزش صد هزار رمینگتون را مردود اعلام می‌نماید همچنین دستور می‌دهد تا سپرده دوباره تامین اعتبار شود لکن به لحاظ ادعای خسارتهای، قضاات ادعای دو میلیون رمینگتون را بی پایه و اساس تشخیص داده و بر این اساس اتخاذ تصمیم می‌نمایند؛ متعاقب رای صادره، هیچ نوع ارجاعی به شورای مشورتی شرع ثبت نشده است.

در رابطه با تصمیم دادگاه در مورد پرونده‌های مرابحه و بانکداری اسلامی به طور کلی مشاهده می‌شود. اولاً: قضاات به مسائل دادرسی و ماهیت قراردادهایی که بین طرفین منعقد شده، تاکید دارند؛ این موضوع در مورد پرونده شرکت اسلامی می‌بانک و شرکت سازندگان M-IO مشهود است، در این پرونده قضاات دیوان عالی معتقد بودند قرارداد مرابحه با اصول شرعی سازگار نبوده ولیکن دادگاه تجدید نظر، فرجام خواهی را تایید کرد. هیچ ارجاعی به شورای مشورتی شرع در این پرونده ثبت نشده است. بنابراین قضاات دادگاه تجدیدنظر به ارزش قرارداد معتبری که طرفین قرارداد مطابق الزامات، تشریفات و بر اساس رویه حاکم تشکیل منعقد گردیده بسیار تاکید داشته اند. (مارکوم و همکاران، ۲۰۱۳: ص ۲۵۱).

ثانياً: در دادگاه مالزی لزوم رعایت ملاحظات شرعی در قضاوت‌های مرتبط با پرونده‌های تامین مالی اسلامی، مورد توجه قرار دارد، هرچند حکم شورای مشورتی شرع در دادگاه مالزی الزام‌آور است، لکن با این حال، قضاات بیشتر به قانون عرفی (کامن لا) و قانون مدنی تمایل دارند تا قانون شرع؛ صرف نظر از اینکه قضاات مالزیایی رویکردی عادلانه و منصفانه را در اتخاذ تصمیم‌های دادگاه در پیش می‌گیرند و می‌توانند قراردادی که به شدت نسبت به یک طرف معامله ناعادلانه است را کنار بگذارند... (مارکوم و همکاران، ۲۰۱۳: ص ۲۶۱). بر اساس آنچه گفته شد و در رویه عملی محاکم مالزی مشاهده می‌شود:

الف: در زمانی که بین طرفین عقد اختلافی در باب عدم رعایت شرایط و مسایل شرعی در تنظیم قرارداد مرابحه بوجود آید و یا دادگاه در جهت حل و فصل اختلافات نظر شورای مشورتی شرع را لازم بداند موضوع را از آن شورا استمراج و استعلام می‌نماید.

ب: در مقام فصل خصومت و اتخاذ تصمیم محاکم، چنانچه نظر شورای مشورتی شرع مغایر با قانون حاکم و فدرال نباشد، لازم الرعایه است.

ج: فارغ از شرایط شکلی و قراردادی مابین، چنانچه قراردادهای مزبور برای احدی از طرفین عقد به نحو غیر قابل مسامحه ای بطور ناعادلانه تنظیم شده باشد، دادگاه‌ها آن را کنار گذاشته و بر اساس عدل و انصاف انشای رای نمایند

د: در صورت تعارض و یا تراحم قوانین فدرال با احکام شورای مشورتی شرع، قانون فدرال و ملی، غالب و ملاک عمل در اتخاذ تصمیم محاکم خواهد بود.

نتیجه گیری

عقد مرابحه از عقود اقتصادی و مالی اسلام است که اجرای صحیح آن می‌تواند در کسب شکوفایی و اقتدار اقتصادی نقش اساسی ایفا نماید؛ با توجه به اینکه هرروزه میزان تسهیلات ارائه شده در قالب این عقد در سیستم بانکی ایران و مالزی، در حال فزونی است؛ پیش بینی می‌گردد که دعاوی مرتبط با این موضوع افزایش یابد، لکن حسب بررسی‌های انجام شده و مطالعه میدانی ملاحظه می‌شود، در سیستم بانکی ایران، قید برخی شروط تحمیلی در قرارداد مرابحه، عملاً امکان طرح دعوی معترضین و مدعیان را با مانع و چالش جدی مواجه نموده و از طرفی در صورت طرح موضوع در مراجع قضایی، محاکم براساس قوانین موجود از جمله قانون بانکداری بدون ربا، اصل حاکمیت اراده و قرارداد تنظیمی اتخاذ تصمیم می‌نمایند و عملاً در وضعیت کنونی مراجع قضایی نمی‌توانند در مقام رسیدگی به دعاوی طرفین عقد مرابحه، به نحو شایسته نقش خود را ایفا نموده و بر حسن جریان اعطای تسهیلات مرابحه نظارت نمایند. در سیستم بانکی مالزی چنین قیود تحمیلی با این وصف، مشاهده نگردید و محاکم نیز در برخورد با دعاوی مطروحه، ضمن رعایت قواعد فقهی اسلامی و شرایط قراردادی فی مابین طرفین عقد، رویکردی عادلانه و منصفانه دارند و چنانچه قراردادی را برای یک طرف ناعادلانه تشخیص دهند به راحتی آن را کنار می‌گذارند؛ هرچند در مقام رسیدگی و تعارض و یا تراحم قواعد فقهی با قانون فدرال، قانون جاری و فدرال حاکمیت داشته و بر اساس آن تصمیم می‌گیرند. از آنجایی که در وضعیت کنونی، بانک‌ها عامل اصلی تامین مالی متقاضیان مرابحه می‌باشند و حقیقتاً، درخواست کنندگان تسهیلات مرابحه چاره ای جز پذیرش شروط و قیود تحمیلی در قراردادهای از پیش تعیین شده مرابحه را ندارند؛ پذیرش این قیود به نوعی مسقط حقوق قانونی و سلب حق در طرح دعوی و یا استیفای حقوق ایشان می‌باشد که اساساً این سلب حق قابل پذیرش نبوده و براساس اصول شرعی و قانونی مردود می‌باشد؛ لذا در راستای اجرای عدالت و کارکرد صحیح عقد مرابحه، نظارت مراجع قضایی بر حسن جریان اعطای تسهیلات مرابحه و ایفای نقشی شایسته در احقاق حقوق اشخاص و مضافاً جلوگیری از سوء استفاده بانک‌ها از نیاز متقاضیان تسهیلات بانکی، پیشنهاد می‌گردد، قانونگذار ضمن اصلاح قانون عملیات بانکی بدون ربا و الحاقات بعدی آن، موجبات حذف و اصلاح شروط تحمیلی بانک‌ها در قراردادهای مرابحه و همچنین امکان رسیدگی ماهیتی مراجع قضایی به دعاوی اشخاص فراهم شود.

فهرست منابع

- [۱] الشافعی، محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان، الام (ط. الوفاء) ۱۹۷۳ م، ناشر، دارالوفا ۲۰۰۱م
- [۲] پهلوان، حمید و روح الله رضوی. اوراق صکوک: تعریف، انواع و ساختار. گزارش پژوهشی مدیریت پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی وابسته به بورس اوراق بهادار تهران، ۱۳۸۶.

- [۳] جعفری لنگرودی، محمد جعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق: ج ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- [۴] حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن. نکت النهایه - النهایه و نکتهها: ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ه.ق.
- [۵] حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام: ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ه.ق.
- [۶] حسنین، فیاض عبدالمنعم. دراسات فی الإقتصاد الاسلامی (بیع المراهجه): ج ۸، القاہره: المعهد العالمی للفکر الإسلامی، ۱۴۱۷ق.
- [۷] دهخدا، علی اکبر. فرهنگ دهخدا: ج ۹، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- [۸] علیزاده، بهروز شروط اختصاصی عقد مراهجه در فقه امامیه و حقوق ایران، فصلنامه گواه ۱۳۹۶
- [۹] عباسی محمد حسین، اوراق بهادار مراهجه در ایران و مالزی، پایان نامه، دانشگاه امام صادق (ع) ۱۳۹۲.
- [۱۰] قمی، صدوق محمد بن علی بن بابویه. من لا یحضره الفقیه: ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامس وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ه.ق.
- [۱۱] شاهرودی، سید محمود هاشمی. (به همراه جمعی از نویسندگان) قم، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ه.ق
- [۱۲] شهید ثانی عاملی، زین الدین بن علی. روضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (محمشی کلانتر): ج ۳، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ه.ق
- [۱۳] شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. المقتعه: قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمه الله علیه، ۱۴۱۳ه.ق.
- [۱۴] طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن. الخلاف: ج ۳ و ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ه.ق.
- [۱۵] طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن. النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی: بیروت: دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ه.ق.
- [۱۶] طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیه: ج ۳ و ۲، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷.
- [۱۷] عادل مرتضی و محسن شمس الهی، شروط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف کننده، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی سال ۱۳۹۷ شماره ۷
- [۱۸] عطار شهرکی، سیده مریم، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال ۲۱ شماره ۸۲، ۱۴۰۰
- [۱۹] کریمی، عباس، شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها، مجله پژوهش های حقوقی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۸۱

- [۲۰] کلینی، ابوجعفر، محمد بن یعقوب. الکافی: ج ۵، تهران، دارالکتاب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق.
- [۲۱] معلوف، لویس. المنجد فی اللغه: تهران: انتشارات اسلام، ۱۳۸۳.
- [۲۲] نجفی، الشیخ محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام: ج ۲۳ و ۲۴، بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
- [23] Markom, R.; Pitchay, S. A.; Zainol, Z. A.; Rahim, A. A.; Merican, R.; Rahim, A. and Merican, R. (2013), "Adjudication of Islamic banking and finance cases in the civil courts of Malaysia", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 36, No. 1, pp. 1-34. <https://doi.org/10.1007/s10657-011-9249-4> [Accessed on 18 October 19].
- [24] Muhamad Ikhawan Arif and moustaphachora Atharyanshah puneri *International journal of management and applied Research* 2019 vol. 6 No. 4
Bank Negara Malaysia (2013), Murabaha [Online] available from: http://www.bnm.gov.my/guidelines/05_shariah/CP_Murabahah_122013.pdf [accessed on 18 October 2019-]
- [25] Bank Negara Malaysia. (2019), 1.18.2 Islamic Banking System: Financing by Concept, [Online] available from: http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=en_publication&pg=en_msb&ac=266&lan_g=en&uc=2 [accessed on 18 October 2019].



Disputes and lawsuits arising from Murabahah contract in Iranian and Malaysian jurisprudence

Mohsen Pahlevani *
Pezhman Pirouzy **
Ali Zare ***

Abstract

The murabaha is one of the Islamic contracts and it is a type of sale contract, which is annexed to the third chapter of the law of usury-free banking system (approved on 1362), according to the article 98 of the fifth development plan (approved on 1389). The conflicts between the payer and receiver of the facility is a common thing because of the extent of transactions in this district; but financial institutes insert some imposed restrictions and conditions that the applicants have no choice except accepting the conditions in the contract. The question is whether with these imposed conditions, it is possible to file a lawsuit and enforce the rights related to the resulting disputes in the legal system and courts of Iran and Malaysia? This research using descriptive, analytical and comparative method and document collection of information, concluded that the murabaha contracts of Iranian banks with individuals include imposed conditions that prevent protesters from suing such contracts. Also in Malaysian judicial system, while emphasizing the contractual terms, if the terms of the contract are unfair to one party, the courts will set aside the said contract and decide with observance of justice, however in case of conflict between sharia rules and federal laws, the judges use the federal law as the criterion of action. It is necessary to amend the current procedure of banks and review the imposed conditions contained in the murabaha contract, to file a lawsuit and fulfill the rights of individuals and execution of justice.

Key Words

Murabahah, Murabahah securities, capital, specific conditions of the Murabahah contract, Malaysian sharia advisory council.

* PhD student in private law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, Email: mohsen_pahlevani@yahoo.com

** Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Quds City Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, (corresponding author): Email: Pezhman_pirouzy@yahoo.com

*** Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, Email: dr.alizare@gmail.com