Archive of SID.ir

کاربردسازی آیات الاحکام عقد ابضاع در بانکداری بدون ربا

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۷

فرحناز رضایی* رحیم سیاح** مهدی زمانی***

چکیده

امروزه عقود اسلامی از ابزارهای فقه اقتصادی در جهت تغییر نگرش به تسهیلات بدون ربا بر خلاف بانکداری متعارف یا مرسوم می‌باشد. با تأکید بر رویه عملی بانک‌ها و تحلیل اقتصادی حقوق مبتنی بر رویه قضایی نشان‌دهنده این مهم است که بانک عموماً در پی آن است میزان معینی از سود را بدون توجه به نتایج واقعی به دست آورد که اشاعه چنین تفکری معامله منعقده را به سوی معامله ربوی با تصور ابهام در توزیع سود میان عامل و بانک سوق می‌دهد و این تصویر را ایجاد می‌کند که عمل حقوقی واقع‌شده مورد تأیید فقه و قانون مدنی نیست. پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی در صدد است ضمن بررسی مفهوم‌شناسی و معارفه عقد ابضاع در تجهیز و تخصیص منابع پولی بانکداری اسلامی-ایرانی، شاخصه عدم کارایی برخی عقود بر مبنای واقع‌گرایی را تبیین و شمّ‌الفقاهه ناصواب و ناکامی بانکداری بدون ربا در عمل به دلیل درک نادرست از کارکرد و وظایف عقود را تحلیل کند. به نظر می‌رسد برایند برون‌رفت از این معضل مستلزم ساختارآفرینی در اجرا با محوریت واکاوی ظرفیت‌های مغفول آیات الاحکام (کنز العرفان) و احکام القرآن (جصاص) با کاربردسازی و فایده‌انگاری عقد ابضاع در بانکداری بدون ربا با جبران نارسایی‌های پدیده کژمنشی به کارایی عقود از طریق ایجاد تسهیلات با تأییدگری موضع فقه اقتصادی و قانون مدنی می‌باشد.

واژگان کلیدی: *عقد ابضاع، بانکداری اسلامی، بانکداری بدون ربا، آیات الاحکام و احکام القرآن.*

*. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران.
Email: rezaei.farahnaz54@gmail.com.

**. استادیار مدعو گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران و عضو هیئت علمی دانشگاه صنعت نفت، دانشکده نفت اهواز (نویسنده مسئول).
Email: sayah_rahim@yahoo.com.

***. استادیار مدعو گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران و استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ایذه، دانشگاه آزاد اسلامی، ایذه، ایران.
Email: Mehdizamani3236@gmail.com.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

طبقه‌بندی JEL: A10، B26، B12، E00.

مقدمه

موضوع عقود اسلامی و ایجاد بانکداری اسلامی با اعتقاد به حرمت اخذ ربا مسئله‌ای قابل تأمل است که اهمیت آن در تشریع فقه اقتصادی بر هیچ کس پوشیده نیست. بر اساس نظر حقوق‌دانان اسلامی، ابضاع عبارت است از اینکه شخصی سرمایه‌ای را برای تجارت در اختیار دیگری بگذارد با این شرط که سود حاصل از آن تنها از آنِ سرمایه‌گذار باشد یا هیچ شرطی در عقد ذکر نشود (کاظمی، [بی‌تا]، ج۳، ص۹٤/ طباطبایی کربلایی، ١٤٠٤ق، ج١، ص٦٠٥). چنین عقود تبرعی علاوه بر کارایی مادی، تأثیرات معنوی در سطح جامعه اسلامی دارد. در گذشته نیز چنین عقودی برای رفع مشکلات افراد یتیم مرسوم بوده است (علامه حلی، ١٤١٤ق، ج١٤، ص٢٤٧).

افزون بر این یکی از مسائل دارای کاربرد فراوان در فقه و حقوق، «کاربردسازی عقود اسلامی در بانکداری اسلامی» است که در حوزه فقه دارای مباحث بحث‌برانگیز متعددی از جمله بانکداری بدون ربا می‌باشد؛ همچنین در فقه و حقوق ایران، بحث مستقلّی با عنوان ابضاع نیامده است؛ لذا برای ممانعت از اشتباه در تشخیص مبادی تصوری و استحکام معاملات در معرض خطر شرعی و قانونی، نیازمند تحقیقاتی است که بررسی ابعاد فقهی و حقوقی خلأ موجود را برطرف سازد.

سیر مطالب نوشتار پیش رو این گونه است که در اوان جستار به مفهوم‌شناسی عقد ابضاع با تکیه بر آیات الاحکام اعتنا کنیم و به شرایط تحقق آن مبتنی بر آیات و روایات نظر افکنیم و با استمداد از تراث فقهی، انتقادهای اصلی بر نحوه استعمال عقود اسلامی در بانکداری اسلامی را که امروزه با برداشت‌های نامتناسب باعث عدم‌کارایی عقود به‌کاررفته در بانک‌ها و تبدیل آنها به قالب‌های ایدئال فرضی، خیالی و ذهنی گردیده است، وارد کنیم و افزون بر این ساختارآفرینی در عقود جدید و منطبق با بانکداری اسلامی با محوریت ظرفیت‌های مغفول آیات الاحکام در عرصه بانکداری اسلامی را طرح کنیم.

لذا تحقیق پیش رو توصیفی-تحلیلی و روش گردآوری اطلاعات مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای و تحلیل منابع موجود است که با امعان نظر فقها و حقوق‌دانان، موضوع تبیین و

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

تشریح می‌شود. ابزارگردآوری اطلاعات از طریق فیش‌برداری، بانک‌های اطلاعاتی، شبکه‌های کامپیوتری و استفاده از نرم‌افزارهای تخصصی است.

پیشینه تحقیق

بااینکه عقد ابضاع از عقود در متون اسلاف فقهاست، با این وجود در سایت ایرانداک و نورمگز، مقاله‌ای با این عنوان مشاهده نگردید؛ اما محقق در جست‌وجو در شبکه‌های کامپیوتری به اطلاعاتی در این زمینه رسیده که در ذیل به بررسی آنان می‌پردازد:

۱- *مهدی کیان‌مهر* (۱۳۹۹) در پژوهشی با عنوان «بررسی عقد ابضاع در فقه و حقوق خصوصی ایران» به تبیین موضوع فقهی عقد ابضاع با محوریت مفهوم‌شناسی پرداخته است. این اثر فاخرترین مورد در بین پژوهش‌های مطرح‌شده در عقد ابضاع است که هرچند از لحاظ موضوعی با مقاله پیش رو دارای اشتراکاتی است، از جهت نقص در بررسی فقهی و حقوقی و اینکه صرفاً بررسی فقهی موضوع را مد نظر داشته، مضاف بر این، محور پژوهش ما استفاده از این عقد در بانکداری اسلامی به عنوان نوآوری می‌باشد، با مقاله مذکور افتراق موضوعی دارد.

۲- *صادق بختیاری* (۱۳۸٤) در پژوهشی با عنوان «قانون عملیات بانکداری بدون ربا و چالش مفاهیم» که در نشریه **پژوهش‌های اجتماعی اسلامی** شماره ۵۳ انتشار یافته، در تلاش بوده چالش‌های بانکداری بدون ربا را تبیین نماید. افزون بر این بیان نماید که برخی عقود برای استفاده در بانکداری اسلامی مناسب نیستند. این پژوهش هرچند از جنبه دیدگاه با موضوع مقاله برابری دارد، ایجاد راهکاری بدون نقص اکتسابی که منتهی به وضع عقدی فقهی منطبق بر بانکداری بدون ربا گردد، از دستاوردهای پژوهش ماست و در هیچ مقاله، رساله، پایان‌نامه و کتابی وجود ندارد.

۳- *حسین‌علی سعدی* (۱۳۹۳) در پژوهشی با عنوان «بطلان شرط ضمان در قرارداد مضاربه بانکی» که در بانکداری اسلامی در فصلنامه **پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی**، شماره ۳۷ درج شده است، مقرر می‌دارد که شرط ضمان در قرارداد مضاربه باطل است؛ لذا این نگرش، باعث اضرار مضاربه به بانکداری اسلامی بدون رباست. این موضوع هرچند از مجاری فرعی با موضوع پژوهش پیش رو دارای اشتراکاتی است، از منظر کلی دارای افتراقات

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

موضوعی و تشخیصی هستند؛ زیرا استدلال مقاله ما براین مبناست که شرط ضمان در مضاربه صحیح بوده و عدم کارایی مضاربه در تحقق بانکداری به دلیل نواقص غیر و محور اصلی تنش مضاربه در عدم یکسانی مفهومی با عقود بانکی غیر رباست؛ لذا با پذیرش این قید، عقد ابضاع برابری و یکسانی مطلقی با بانکداری بدون ربا و فقه الاقتصاد ایجاد می‌نماید.

سیر مطالب این پژوهش، در تنقیح موضوع «واکاوی ظرفیت‌های مغفول آیات الاحکام در عرصه بانکداری اسلامی» با رویکرد عمومیت و جامعیت موضوع آن مد نظر است. افزون بر این پایهٔ بحث بر استظهار از آیات الاحکام و احکام فقهی مبتنی بر روایات مخصوص و بیان آرای اندیشمندان اسلامی استوار است. در ابتدا برای مشخص‌شدن نقش «عقد ابضاع» در تشریع احکام فقه اقتصادی و بانکداری اسلامی بدون ربا، ناگزیر باید با مفهوم آن آشنا شد.

۱. مفاهیم تمهیداتی عقد ابضاع در فقه و حقوق موضوعه ایران

احاله به ادبیات حاضر ما را با تعاریف بسیاری در لغت و فقه مواجه می‌سازد. هر یک از این تعاریف، بر جهتی از «عقد ابضاع» تأکید افزون‌تری در تشریع عقود اسلامی دارد.

۱-۱. نگاهی به مفهوم‌شناسی عقد ابضاع

در فرهنگ لغت دهخدا ابضاع به معنای بضاعت‌ساختن و چیزی را سرمایه‌کردن معرفی شده است (دهخدا، [بی‌تا]، ص۲٤۸۵). شایان ذکر است از ابضاع به استبضاع نیز تعبیر می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج۱، ص۳۸٤/ انصاری، ۱٤۱۵ق، ج۲، ص۲۳٦). «و هو جعل الشیء بضاعة و البضاعة قطعة من المال یتّجر بها»؛ یعنی دادن مال و سرمایه به دیگری برای تجارت است (جمعی از پژوهشگران، ۱٤۲۳ق، ج۱۱، ص۲۸/ عاملی، ۱٤۱۳ق، ص۳۱/ کلینی، ۱۳۸۷، ج۱۰، ص٤۵۵).

افزون براین ابضاع در اصطلاح فقها عبارت است از اینکه کسی مالی را به دیگری برای تجارت بدهد بی‌آنکه عامل را در سود حاصل بهره و سهمی باشد (شهابی، ۱٤۱۷ق، ج۲، ص۱۳٤/ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج٤، ص۵۵۰/ مروج، ۱۳۷۹، ص۱۱/ جرجانی، ۱۳٦۲، ج۲، ص۱۸۳/ علامه حلی، ۱٤۱٤ق، ج۱۷، ص۵۳/ حماد، ۱٤۲۹ق، ص۱۵). برخی فقها وجه وصفی مذکور را برای یتیم، «و یجوز إبضاع ماله و هو أن یدفع إلی غیره و الربح کلّه للیتیم: و ابضاع مال جایز است و آن عبارت است از دادن مال به دیگری و تمام سود آن برای یتیم باشد» (رازی (جصاص)، ۱٤۱۵ق، ج۳، ص۲۱۷/ حسینی عاملی، ۱٤۱۹ق، ج۱٦، ص۱۱٦/ علامه حلی،

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

۱٤۲۰ق، ج۲، ص٥٤۳/ هم، ۱٤۱۳ق، ج۲، ص۱۳٦) و کودک (حسینی عاملی، [بی‌تا]، ج٥، ص۱۱۱/ انصاری، ۱٤۲۹ق، ج۳، ص٤۷۷) جایز می‌دانند. شهید ثانی نیز در کتاب **مسالک الافهام** (شهید ثانی، ۱٤۱۳ق، ج٤، ص۳٤) و *محقق کرکی* در **جامع المقاصد** (محقق کرکی، ۱٤۱٤ق، ج٥، ص۱۹۱) بر این مهم تأکید ورزیده‌اند. فقها لفظ بضاعه را بر مالی اطلاق می‌کنند که برای تجارت‌کردن باشد و ابضاع را بر ذات عقد حمل می‌کنند؛ ولی به صورت مطلق به آن بضاعه گفته می‌شود و از آن اراده عقد ابضاع می‌شود. به عبارتی می‌توان ابراز نمود که ابضاع نمونه‌ای از عقد مضاربه است (یزدی، ۱٤۲۱ق، ج٥، ص۱۷٦).

۱-۲. مشخصات عقد ابضاع

الف) ابضاع از لحاظ عقد یا ایقاع‌بودن: از آنجا که ابضاع از دو طرف تشکیل شده و مستلزم تصرف در آنچه در سلطه دیگری است، به این شکل که طرفین با یکدیگر قراردادی می‌بندند که عامل با سرمایه مالک تجارت نماید، ابضاع عقد است و احکام عمومی عقود در آن جاری می‌گردد.

ب) عقد ابضاع از لحاظ لازم یا جایزبودن: ابضاع عقدی است جایز که هر یک از مالک و عامل می‌توانند آن را فسخ کنند: «أنّ البضاعۀ لمّا کانت من العقود الجائزۀ: عقد ابضاع از عقود جایز است» (سیفی، ۱۳۸٥، ص۲٥۱/ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج۱، ص۲۱۷/ خویی، ۱٤۱٤ق، ص۳۸/ جمعی از پژوهشگران، ۱٤۲۳ق، ج۱۱، ص۲۹/ کاشانی، [بی‌تا]، ج۳، ص۹۰). البته می‌توان با ایجاد شرط، عقد ابضاع را از عقد جایز به عقدی لازم مبدل ساخت «فالبضاعۀ و إن کانت جائزۀ فی نفسها، إلّا أنّها تصیر لازمۀ بعرض الشرط و لا منافاۀ: عقد ابضاع عقدی جایز است مگر اینکه با آوردن شرطی آن را لازم کرد که این شرط منافاتی با عقد ندارد». بر این اساس مالک به دلیل وفای به شرط، اجازه فسخ عقد ابضاع را ندارد (سیفی، ۱۳۸٥، ص۲٥۱).

پ) عقد ابضاع از لحاظ نحوه ایجاب و قبول: در عقد ابضاع ایجاب‌کننده کسی است که قرارداد در موضوع تحت تصرف او صورت می‌گیرد و قبول‌کننده کسی است که صیغه قبول را انشا می‌نماید: «فی الابضاعِ الإیجاب من المالک، و القبول من العامل» (سعدی، ۱٤۰۸ق، ص۳۷).

۱-۳. ارکان عقد ابضاع

چنان‌که در تعریف عقد ابضاع بیان گردید، ابضاع دادن مال برای تجارت به عامل بدون درنظرگرفتن سود برای عامل و پرداخت همه ربح به سرمایه‌گذار است؛ بنابراین در چنین

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

عقدی به رأس‌المال بضاعه، به سرمایه‌گذار مبضَع و شخصی که به کسب و تجارت می‌پردازد، مستبضِع می‌گویند (حماد، ۱٤۲۹ق، ص۱۵/ کیان‌مهر، ۱٤۰۰، ص٦).

جدول ۱: تطبیق عقد ابضاع با عقود مشارکتی و مبادله‌ای بانکی

	عقد یا ایقاع		لازم یا جایز		سرمایه‌گذار	عامل
عقود مشارکتی (مضاربه)	عقد		جایز		بانک	اشخاص
عقود مبادله‌ای (جعاله)	عقد		جایز		اشخاص	بانک
ابضاع	عقد		جایز		بانک	اشخاص

در ارتباط تطبیق عقد ابضاع با عقود مشارکتی و مبادله‌ای بانکی باید اظهار داشت که مفهوم این عقد با دیگر عقود تا حدودی برابری دارد؛ اما نحوه عملکرد بانک‌ها و قراردادهای منعقده در خصوص سرمایه‌گذار و عامل این تصور را ایجاد می‌کند که عمل حقوقی واقع‌شده مضاربه و جعاله مورد نظر قانون مدنی نیست؛ لذا اگر ارکان عقود به رسمیت شناخته نشوند و تطبیق حقوقی سرمایه‌گذار (مالک) به عنوان پرداخت‌کننده مال و عامل و انجام‌دهنده تجارت مورد نظر واقع نگردد، استحکام نظام معاملات در معرض خطر قرار می‌گیرد. از طرف دیگر، معاملات باید در چارچوب‌های مشخص شرعی و قانونی منعقد شوند و بنابراین اگر عنوان این عمل حقوقی را مضاربه، جعاله و ابضاع بدانیم، همه مقرراتی که قانون مدنی و پیش‌تر از آن شرع مقدس تعیین کرده است، باید رعایت گردد. در غیر این صورت عمل حقوقی واقع‌شده باطل و در فرض ما به جهت ربوی‌بودن فاقد هر گونه اثر حقوقی است. در تحلیل جدول فوق در عقود مبادله‌ای (جعاله) سرمایه‌گذار (جاعل) اشخاص وام‌گیرنده و بانکِ طرفِ قرارداد، عامل محسوب گردیده و انجام‌دادن کار مذکور در قرارداد را تعهد می‌کند و جاعل، جُعل قرارداد را طی اقساطی به بانک می‌پردازد؛ چنین تصوری در امکان واقع تصوری نارواست. در ارتباط با عقود مشارکتی در ادامه موارد نقضی بیان خواهیم نمود.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

۲. ادله محرزه مشروعیت‌بخشی به عقد ابضاع

آیات الاحکام از دلایل مطروحه و محرزه قایلان به مشروعیت عقد ابضاع می‌باشد که در ذیل توضیحاتی در این ارتباط بیان خواهیم نمود.

۲-۱. آیات مشروعیت عقد ابضاع

الف) یکی از مواردی را که به صورت اختصاصی در بیان مشروعیت عقد ابضاع آمده است، کتاب **کنز العرفان** اشاره کرده است: «وَ قالَ لِفِتْيانِهِ اجْعَلُوا بِضاعَتَهُمْ فِي رِحالِهِمْ لَعَلَّهُمْ يَعْرِفُونَها إِذَا انْقَلَبُوا إِلى أَهْلِهِمْ لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ» (یوسف: ٦٢). حضرت *یوسف* علیه‌السلام که اکنون پس از رهایی از کید برادران و آزمایش‌های دیگر به حکومت مصر نایل آمده بود، در میان انبوه کسانی که برای دریافت سرانه طعام به مصر آمده بودند، برادران خود را شناخت و به مأمور توزیع طعام دستور داد که آنچه را که از آنان در مقابل تحویل طعام گرفته بودند، در درون بار و اثاثیه آنها قرار دهند تا در بازگشت به مدین، با دیدن آن، بار دیگر به مصر باز گردند (فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج۲، ص۷۵/ عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص۲۰٤).

ب) «وَ لَمّا فَتَحُوا مَتاعَهُمْ وَجَدُوا بِضاعَتَهُمْ رُدَّتْ إِلَيْهِمْ» (یوسف: ٦٥). چون بار خود گشودند، دیدند که سرمایه‌شان را پس داده‌اند. گفتند ای پدر، در طلب چه هستیم؟ این سرمایه ماست که به ما پس داده‌اند (فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج۲، ص۷۵). برای کسان خود غله بیاوریم و برادرمان را حفظ کنیم و بار شتری افزون گیریم.

ج) «وَ جِئْنا بِبِضاعَةٍ مُزْجاةٍ» (یوسف: ۸۸). هنگامی که برادران حضرت *یوسف* علیه‌السلام بر او وارد شدند، گفتند ای عزیز و سلطان، بزرگ ما و خانواده‌مان دچار تنگدستی شده‌ایم و با بضاعت اندک به دربار تو آمده‌ایم، سهم ما را افزون نما و بر ما صدقه روا بدار که خداوند صدقه‌دهندگان را سزای نیک دهد (فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج۲، ص۷۵/ شهابی، ۱٤۱۷ق، ج۲، ص۱۳٤/ عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص۱۷۳).

بعضی از فقها به این سه آیه بر مشروع‌بودن «ابضاع» استناد کرده‌اند (حلی، ۱٤۲٥ق، ج۲، ص۷۵/ طیب، [بی‌تا]، ج۷، ص۲۲۸). برخی مشروعیت را ظنی می‌دانند: «وأظنّ أنّ آیات التجارة والوکالة أدلّ» (اردبیلی، [بی‌تا]، ص٤٦٥). در مقابل برخی دیگر از فقها معتقدند دلالت آیه بر مشروعیت ابضاع قابل مناقشه است و هیچ نوع قرینه‌ای در آیات قبل و بعد که بر ابضاع به

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

معنای اصطلاحی دلالت کند، وجود ندارد (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص۲۰۵) به نظر می‌رسد با استدلال به آیه «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) که مراد از این آیه وجوب وفاکردن در تمام عقود است، چه در لغت وچه در عرف، عقد ابضاع به دلیل اینکه مبضع و مستبضع خود را ملزم به قراردادی می‌کنند و قراردادی نامشروع نیست، لذا عقدی لازم‌الوفاست (جمعی از مؤلفان، ۱۳۸۸، ج۵۱، ص۹۱). همچنین به استناد آیه «تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ»، مگر اینکه تجارتی باشد که مورد رضایت شما باشد، امکان تعمیم دارد؛ پس شامل هر نوع تجارت از جمله ابضاع نیز می‌شود (نجفی، [بی‌تا]، ج۳، ص۲۰۵). افزون بر این با توجه به اصالت عدم نسخ، ابضاع مشروعیت دارد (جرجانی، ۱۳۶۲، ج۲، ص۱۸۳/ کیان‌مهر، ۱٤۰۰، ص۹). درباره پذیرش استدلال به آیات در مشروعیت عقد ابضاع باید بیان نمود که منطق فقه و حقوق در قانون‌گرایی یکسان نیست؛ همچنین در تفسیر فقهی توجه به عقل‌گرایی حقوقی و پرهیز از ظاهرگرایی به معنای عدم پای‌بندی حقوقدانان به اختلافات نظرهای فقها ضروری است؛ لذا قانون‌گذار برای تدوین قوانین صرفاً خود را ملزم به انطباق بر فقه می‌داند نه استفاده از نظریه خاص. بر این اساس بر فرض ضعیف‌بودن استدلال فقها در پذیرش عقد ابضاع، استفاده آن در حقوق ناموجه به نظر نمی‌رسد.

۲-۲. روایات مشروعیت عقد ابضاع

دربا ادله نقل‌گرا و تأیید عقد ابضاع باید گفت در این زمینه با دو دسته روایات روبه‌رویم؛ روایاتی ابضاع را با کافر ذمی مکروه و ابضاع با مال یتیم را جایز می‌دانند. چنین روایاتی بر مشروعیت‌بخشی بر عقد ابضاع دلالت دارند.

الف) «لاینبغی للرجل المسلم أن یشارک الذمی ولایبضعه بضاعة ولایودعه ودیعة و ...المودة». شرکت‌نمودن با کافر ذمّی و سرمایه‌دادن به وی و امانت نزدش گذاردن مکروه است (ترحینی عاملی، ۱۳۸۵، ج۵، ص۳٤۲). مقصود از «ابضاعه» این است که مالی به کافر دهند که با آن تجارت نموده، ربحش را به صاحب مال دهد (ذهنی تهرانی، ۱۳٦٦، ج۱٤، ص۳۸/ طباطبایی قمی، ۱٤۲۳ق، ص۱٥٤/ خرازی، ۱٤۲۳ق، ج٥، ص۲۷۳/ مشکینی اردبیلی، ۱۳۹۲، ج۳، ص٦۱۹).

ب) «یجوز لولیّ الیتیم إبضاع ماله و معناه دفعه إلی من یتّجر به و الربح کلّه للیتیم...». ابضاع با مال یتیم جایز است (صاحب جواهر، ۱٤۱۷ق، ج۳، ص۱۱۷/ صافی، ۱٤۱٦ق، ج۲، ص۱۱۷). در

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

ارتباط با ابضاع با مال یتیم ادعای اجماع شده است: «الإبضاع بمال الیتیم الظاهر أنّه لا خلاف بین الفقهاء» (انصاری، ۱٤۲۹ق، ج۲، ص۳۵۸). ممکن است این پرسش مطرح گردد که ابضاع به‌کاررفته همان مضاربه است. در پاسخ باید اظهار داشت که «البضاعة نوع من المضاربة و إن کانت قسیمة لها» (یزدی، ۱٤۰۹ق، ج۲، ص٦٥۲). ابضاع جزئی از مضاربه و در بطن آن است. در قسمت بعد و تطبیق عقد مضاربه و ابضاع توضیحات تکمیلی ارائه خواهد شد.

۳. واگرایی و همگرایی عقد ابضاع با عقود مشابه

در این بخش نگارنده در صدد است جهت تبیین زوایای مغفول عقد ابضاع به نقاط افتراق و اشتراک آن با دیگر عقود بپردازد:

۳-۱. تطبیق عقد مضاربه و ابضاع

مضاربه عبارت است از آن که کسی مالی به دیگری بدهد که تجارت کند، به شرط اینکه حصّه‌ای از انتفاع از او باشد (نراقی، ۱۳۸۳، ص۲۹۱/ انصاری، ۱۳۷۹، ص۱۱۹). اهل حجاز به معاملهٔ مزبور قراض گویند و وجه تسمیهٔ معامله مزبور به قراض از آن نظر است که مالک قطعه‌ای از مال خود را می‌برد و به عامل می‌دهد که با آن معامله کند (قراچه‌داغی، [بی‌تا]، ص۲٤۲/ فیض کاشانی، ۱۳۹۵، ج۲، ص٤۳٦). از نکات اشتراک مضاربه و ابضاع می‌توان از جایزبودن عقود، تجارت‌کردن با سرمایه و امین‌بودن بدون تعدی و تفریط یاد نمود. به تعبیر دیگر «البضاعة نوع من المضاربة و إن کانت قسیمة لها» (یزدی، ۱٤۰۹ق، ج۲، ص٦٥۲). ابضاع جزئی از مضاربه و در بطن آن است. در واگرایی مفهومی عقد مضاربه و ابضاع می‌توان عرضه داشت که «أن فی الأول الربح مشترک و فی الثانی للمالک: در مضاربه سود حاصل شده مشترک بین مالک و عامل می‌باشد و در ابضاع تمام سود برای مالک است» (موسوی سبزواری، ۱٤۱۳ق، ج۱۹، ص۲۷٤/ طباطبایی قمی، ۱٤۲۳ق، ص٦۱/ حکیم، ۱۳۷٤، ج۱۲، ص۳۰۵). در اموری که در آنها مضاربه وجود دارد، ابضاع نیز قابل تصور است (مغنیه، ۱٤۲۱ق، ج٤، ص ۱۵۳).

۳-۲. مطابقت عقد قرض و ابضاع

قرض عبارت است از تملیک مال به دیگری در برابر ضمانت پرداخت مثل یا قیمت آن توسط او که سبب اشتغال ذمّهٔ قرض‌گیرنده می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج۳، ص٦۷۹/

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱، ص٤٨٣). حسن تعلیل ابضاع و قرض و وجه اشتراک آن را می‌توان در عقدبودن و مجانی محسوب‌شدن مشاهده نمود. البته علاوه بر همسانی وصفی، تخالفی جزئی نیز رؤیت می‌شود که «تارة علی ان یکون تمامه للعامل و هذا داخل فی عنوان القرض ان کان بقصده و تارة علی ان یکون تمامه للمالک و یسمی عندهم باسم البضاعة». در قرض تمام سود برای عامل است، اما در ابضاع رُبح از آنِ مالک می‌باشد (صاحب جواهر، ١٤٢١ق، ج١٣، ص٦١٨/ موسوی اردبیلی، ۱۳۷۹، ص١٢/ اسماعیل‌پور قمشه‌ای، ۱۳۹۰، ص١٨). علاوه بر این ابضاع عقدی جایز و قرض عقدی لازم است و اینکه مستبضع امین می‌باشد، ولی قرض‌گیرنده خیر. افتراق دیگر را در دامنه تصرف متصور هستیم که قرض‌گیرنده می‌تواند هر تصرفی انجام دهد؛ اما مستبضع فقط باید جهت تجارت تصرف نماید و نسبت به اعمال غیر ممنوعیت‌انگاری شده است. در ارتباط با امکان‌سنجی شرط آماده‌سازی شده در قرض و ابضاع که مقداری از مال مالک به عامل به عنوان قرض و میزانی از آن ابضاع و منفعتش برای مالک باشد، قابل توجیه است و تتبع در کتب فقهی هیچ گونه ایرادی وارد نیست (عاملی، ١٤١٢ق، ج٦، ص٢٦٦).

۳-۳. سنجش عقد ودیعه و ابضاع

ودیعه عبارت است از نایب‌گرفتن در حفظ (ذهنی تهرانی، ١٣٦٦، ج١٤، ص١٢٠). وجه اشتراک ودیعه و ابضاع در این است که مستبضع و ودیعه‌گیرنده امین محسوب می‌گردند: «صاحب البضاعة و الودیعة مؤتمنان» (طباطبایی کربلایی، ١٤٠٤ق، ج١، ص٦٢١/ فقیه، ١٤٠٧ق، ص٩١/ مدرسی، ۱۳۹۳، ص٣٠٩). همچنین هر دو عقد اشتراکاتی در عقدبودن، جایزبودن، مجانی‌واقع‌شدن دارند. افزون بر این، نقاط افتراق ودیعه با عقد ابضاع را می‌توان در گستره تصرف آنها به این صورت که ودیعه گیرنده حق تصرف ندارد، اما مستبضع یا عامل می‌تواند برای تجارت از مال البضاعه استفاده نماید، مشاهده نمود.

٤-۳. قیاس عقد وکالت و ابضاع

وکالت عبارت است از نایب‌گرفتن در تصرّف (ذهنی تهرانی، ۱۳۷۳، ج٣، ص٢٧). طرفین عقد ابضاع و وکالت هرچند مأذون در تصرف‌اند، جوهر ذات آنها با هم تفاوت دارد و هر یک برای تأمین هدف خاصی منعقد می‌گردند. اما این دو عقد در جایزبودن، مجانی‌بودن و ایصال

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

منفعت حاصله از مال برای مالک در زمانی که وکیل تبرعی باشد، دارای وجه اشتراک‌اند: «هو اتجار ببضاعة للمالک ربحها و العامل وکیل متبرّع: ابضاع تجارت برای مالک و سود برای مالک است و عامل مانند وکیل تبرعی است» (سند، ١٤٢٨ق، ص٢٥١/ حماد، ١٤٢٩ق، ص١٥/ آل‌کاشف‌الغطاء، ١٤٢٢ق، ج٣، ص٤٨٧).

٣-٥ مقایسه عقد تراست و ابضاع

کلمه تراست دارای دو معنای عام و خاص است در معنای عام آن به هر بنگاه صنعتی یا تجارتی که توسعه و اهمیت زیادی دارد و نفوذ انکارناپذیری پیدا می‌کند، اطلاق می‌گردد. تراست به معنای اخص عبارت است از اتحاد مالی چند بنگاه که تحت مدیریت واحد اداره می‌شوند و بنگاه‌های عضو، شخصیت مالی و استقلال عمل حقوقی خود را به نفع اتحادیه از دست می‌دهند (نجف‌آبادی، ١٤٣١ق، ج٨، ص٤٣٨). در تراست، مالک با صرف‌نظرنمودن از حق مالکیت خویش، آن را موضوع تراست قرار داده، حق مالکیت قانونی خود را به شخصی که تراستی نامیده می‌شود، منتقل می‌کند. وظیفه او نگهداری اموال و سرمایه‌گذاری آنها برای تأمین منافع اشخاص ذی‌نفع یا تحقق اهداف مورد نظر مالک است. لذا منافع حاصله از مال، به منتفعان یا سایر افراد ذی‌نفع تعلق خواهد گرفت، نه تراستی‌ها (تفرشی، ١٣٨٣، ص١٩).

به نظر می‌رسد هر زمانی تراستی عمل را برای مالک به صورت تبرعی انجام دهد و سود حاصل برای مالک یا افراد معرفی شده باشد، با عقد ابضاع هم‌مجرا می‌شود؛ همچنین در امکان انحلال ارادی و اینکه موضوع هر دو صرفاً مال و هدف هر دو صرفاً انتفاع اشخاص یا اهداف معین و مورد نظرِ بانیان آنهااست، تشابه وجود دارد؛ با این تفاوت که در ابضاع اراده مالک نقش اساسی در نوع تجارت دارد؛ اما اراده اشخاص ذی‌نفع در ایجاد تراست اثر ندارد.

٤. کاربردی‌سازی عقد ابضاع در فقه الاقتصاد

نگارنده در تلاش است با واکاوی ظرفیت‌های مغفول آیات الاحکام با محوریت عقد ابضاع در فقه الاقتصاد به کاربردپذیری آن در عرصه بانکداری اسلامی بدون ربا بپردازد.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

٤-١. اقتضای فقه الاقتصاد به کاربردشناسی عقود مغفول آیات الاحکام

امروزه عقود اسلامی از ابزارهای فقه اقتصادی در جهت تغییر نگرش در مسائل تجاری، مالی و... استفاده می‌کند. یکی از موارد کاربردشناسی عقود مغفول در آیات الاحکام را می‌توان در اقتضای فقه الاقتصاد به بانک‌ها مشاهده نمود. رویه عملی بانک‌ها و تحلیل اقتصادی حقوق مبتنی بر رویه قضایی نشان‌دهنده این مهم است که بانک عموماً در پی آن است میزان معینی از سود را بدون توجه به نتایج واقعی به دست آورد که اشاعه چنین تفکری معامله منعقده را به سوی معامله ربوی با تصور ابهام در توزیع سود میان عامل و بانک سوق می‌دهد و این تصویر را ایجاد می‌کند که عمل حقوقی واقع‌شده مورد تأیید فقه و قانون مدنی نیست. این چنین کاربرد ناروایی حاصل عدم تجهیز و تخصیص منابع پولی بانکداری اسلامی-ایرانی و نشان‌دهنده شاخصه عدم کارایی برخی عقود بر مبنای شمّ الفقاهه ناصواب و ناکامی بانکداری بدون ربا در عمل به دلیل درک نادرست از کارکرد و وظایف عقود می‌باشد.

٤-٢. اقتضای فقه الاقتصاد به کاربردپذیری عقد ابضاع در بانکداری اسلامی

نگارنده در این قسمت قصد دارد برای تبیین اقتضای فقه الاقتصاد به کاربردپذیری عقد ابضاع در بانکداری اسلامی به ایرادگیری از عقود قابل استعمال در بانکداری اسلامی بپردازد:

٤-٢-١. کاربردشناسی ناصواب عقد مضاربه در بانکداری

یکی از عقود اساسی در بانکداری اسلامی و تخصیص سرمایه به فعالان اقتصادی، عقد مضاربه است. مضاربه عبارت است از عقد خاصی بین دو نفر بدین صورت که سرمایه از یک طرف معیّن و کار از دیگری باشد و سود بین آن دو به نسبتی که قرار می‌گذارند، تقسیم گردد (خمینی، ١٣٨١، ج٢، ص٣٠٠/ نراقی، ١٣٨٣، ص٢٩١). در دستورالعمل اجرایی مضاربه و آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، مضاربه به معنای قراردادی است که به موجب آن، یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه نقدی می‌گردد با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله هر دو طرف شریک باشند (سعدی، ١٣٩٣، ص٤٠). ایرادی که در مضاربه بانکی مطرح می‌باشد، ضمان عامل با شرط است که نظرات مختلفی در این زمینه بیان گردیده است. برخی فقها معتقدند: اگر مالک مالی را به عامل بدهد که با آن کار کند، آن مال در دست عامل امانت است و اگر تلف شد، عامل ضامن نیست و

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

اگر شرط ضمان کند، معامله صحیح است و شرط، ضمان‌آور نیست، گرچه آن شرط در ضمن عقد دیگری باشد؛ بنابراین اگر مال تلف شد، از مال مالک رفته است و ضمانی بر عامل نیست (مظاهری، ۱۳۸۹، ص۲۷۳). همچنین ید عامل در مضاربهٔ امانی است و طبق قاعدهٔ استیمان ضمان از او می‌گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج۱، ص۱۱٤). در مقابل این نظریه، برخی فقهای دیگر ابراز داشته‌اند که اگر در عقد مضاربه، مالک شرط کند که عامل در ضرر شریک باشد، این شرط باطل است؛ ولی اصل مضاربه باطل نیست. بلی اگر در ضمن عقد مضاربه یا در ضمن عقد دیگری، چه جایز چه لازم، شرط کنند که در صورت خسارت، نصف آن را مثلاً عامل بدهد، این شرط صحیح و عمل به آن لازم است (خمینی، ۱۳۸۱، ج۲، ص۳۰٤). افزون بر این کسی که پول را به کسی می‌دهد تا کار کند و هرچه سود کرد، نصف آن را به مالک بدهد و ضمن مضاربه شرط می‌کند که اگر تلف یا خسارتی متوجه سرمایه شد، عامل ضامن باشد که از مال خودش جبران کند، اظهر، صحت شرط است (بهجت، ۱۳۸٦، ج۳، ص۳۳۲). نگارنده هم معتقد به نظر دوم و صحت شرط در ضمن عقد دیگری است. اما ایراد اساسی در مضاربه ایصال تمام سرمایه و رِبح (فائدهٔ علی رأس المال فقط) به بانک طبق قرارداد است و این با بنیاد مضاربه بانکی مغایرت دارد. ممکن است بیان گردد به لحاظ قانونی ربح به وکالت از صاحبان سپرده به بانک داده می‌شود نه مستقلاً. در پاسخ می‌توان اظهار داشت که پرداخت وکالتی سود یک راهکار فرعی عقد مضاربه است. مضافاً از مشکلات عمده در مضاربه توسط بانک‌ها این است که آنها معمولاً سود سرمایه‌گذار را به صورت درصدی معین از اصل پول می‌دهند و این خلاف عقد مضاربه است. بنابراین هر رویکرد بر ایده‌ای مبتنی است که مقتضیات و راهبردهای آن را دارد. در رویکرد عقد ابضاع، برای مثال، اختصاص جمیع سود در مسئلهٔ وام‌های بانکی برای بانک پذیرفته شده است و درک نقد رویکرد به دشواری یافت می‌شود؛ از این رو رهیافت‌ها و گرایش‌های مبتنی بر بی‌معنایی و مهمل‌انگاری عقود مغفول همچون ابضاع، نفی نگرش نقد کارکردگرایی محض عقود خاص مانند مضاربه باعث عدم پیشرفت علوم می‌گردد.

برایند اینکه به نظر می‌رسد برون‌رفت از این معضل مستلزم پذیرش واقع‌نگری انتقادی در عقود، عدم ممنوعیت‌سازی راهبرد نمادانگاری، ساختارآفرینی در اجرا با محوریت واکاوی ظرفیت‌های مغفول آیات الاحکام با کاربردسازی و فایده‌انگاری عقد ابضاع به عنوان قسیم و

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

متحد مضاربه در بانکداری بدون ربا با جبران نارسایی‌های عقود و ایجاد کارایی عقود از طریق ایجاد تسهیلات با تأییدگری موضع فقه اقتصادی و قانون مدنی است که در ذیل به تبیین سیاق کاربردپذیری آن خواهیم پرداخت.

٤-٢-٢. سیاق کاربردپذیری عقد ابضاع در بانکداری اسلامی

در ارتباط با سیاق کاربردپذیری عقد ابضاع در بانکداری اسلامی باید بیان نمود که در به‌کارگیری عقد ابضاع با سه معضل روبروییم. اول اختصاص تمام سود برای مالک؛ دوم پذیرش عدم ضرر مالک و تحمل آن توسط عامل ابضاع و سوم درنظرگرفتن منفعتی که ممکن است عامل از سرمایه مالک ببرد. در مورد معضل اول در تعریف ابضاع مقرر گردیده که کسی مالی را به دیگری برای تجارت بدهد بی‌آنکه عامل را در سود حاصل، بهره و سهمی باشد (شهابی، ١٤١٧ق، ج٢، ص١٣٤/ هاشمی شاهرودی، ١٣٨٢، ج٤، ص٥٥٠/ مروج، ١٣٧٩، ص١١/ جرجانی، ١٣٦٢، ج٢، ص١٨٣/ علامه حلی، ١٤١٤ق، ج١٧، ص٥٣/ حماد، ١٤٢٩ق، ص١٥). برخی حقوقدانان معتقدند در بانکداری چرا باید عامل بپذیرد که تمام سود از آن بانک و سپرده‌گذاران باشد. همچنان‌که گفته شد، بر فرض پذیرش ضمان تمام یا بخشی از زیان را از جانب عامل مشروع بدانیم، ارتباطی با ابضاع و تعلق همه سود به بانک و سپرده‌گذاران ندارد. استدلال نگارنده علاوه بر اصل مسلّم موضوع در پرداخت همه سود به بانک‌ها بر این منطق استوار است که می‌بایست توجه داشت که هر یک از حقایق بانکی از رهگذر اطلاقات لفظی قابل دست‌یابی نیستند، بلکه هر عقد بانکی، سبب و علّت قریبی دارد که تنها از آن رهگذر قابل دست‌یابی است. ما نمی‌توانیم مشروعیت بانکداری اسلامی را صرفاً از الفاظ مضاربه، جعاله و... استنباط کنیم؛ لذا تنها معرفت تام و کشف صریح و روشن لازم است. بلی در عملیات بانکداری اسلامی که دارای احکام خاصّ است، صرف ظنّ و رجحان به عقود پر از ایراد آن کافی نیست؛ بلکه چنین حوزه‌ای محتاج راهبرد عمل است و الفاظ عقود بانکی (عدم تعلق همه سود به بانک) نمی‌تواند از عمل (عقد ابضاع و پرداخت تمام سود به بانک) شریف‌تر باشد؛ بنابراین امروزه نقش عقود بانکی در سیاست‌های بانکداری اسلامی به منظور حفظ بانکداری اسلامی در حد تئوری باقی مانده و راهبردهای عملی در جهت هماهنگی پروژه‌های بانکی ارائه نشده است. لذا می‌توان امیدوار بود که با میناقراردادن

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

ارزش‌های مذهبی بر مبنای آیات الاحکام در عقود بانکی و تعریف مجدد عقود بانکی به چشم‌انداز روشنی رسید. افزون بر این منطق عقود بانکی هرچه با واقعیت در جامعه (پرداخت تمام ربح به بانک) هماهنگ‌تر باشد، اقناع و اعتقاد بهتر و بیشتری می‌آورد.

افزون بر این در مسئله دوم هرچند برخی حقوقدانان با تأسی‌جستن از نظر برخی فقها قایل به بطلان شرط ضمان عامل در مضاربه گردیده‌اند (سعدی، ۱۳۹۳، ص۵۵)، در پاسخ می‌توان بیان نمود که برای انسجام‌بخشی و استکشاف نظریه نگارنده در ارتباط با فایده‌انگاری «عقود آیات الاحکام در بانکداری اسلامی» با نقد یکسان‌انگاری منطق فقه و حقوق در قانون‌گرایی با تغییر نگرش به اقتصاد، پرهیز از ظاهرگرایی در تقابل نظریه‌های فقهی با اولویت‌بخشی به استقلال نظام اندیشه حقوق‌دانان ضروری است. لذا می‌توان اظهار داشت که در فقه نظراتی درباره بطلان و صحت شرط ضمان عامل در مضاربه وجود دارد. منطق حقوق مدرن ضمن وفاداری به نظریه فقهی، نظریه کارآمد برای حل معضلات جامعه را انتخاب می‌نماید. حاصل این رویکرد حاکمیت هرچه بیشتر قانون و کاهش اِعمال سلیقه‌های متشتت فقهی به بهانه سکوت قانون است و نتیجه هرمنوتیکی آن، اثبات استقلال منطق تفسیری حقوق از منطق تفسیری فقه است. بنابراین پذیرش صحت شرط ضمان عامل بر مبنای قانون خللی به عقود متداول در بانکداری اسلامی با محوریت ابضاع وارد نمی‌کند و نگارنده صحت آن را در شرط ضمن عقد دیگری پذیرفته است (بهجت، ۱۳۸٦، ج۳، ص۳۳۲/ خمینی، ۱۳۸۱، ج۲، ص۳۰٤).

دشواری سوم (منفعتی که ممکن است عامل از سرمایه مالک ببرد) نیز با تعلق اجرت المثل به عامل توجیه‌پذیر می‌گردد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج۱، ص۲۱۷/ انصاری (محمدعلی)، ۱٤۱۵ق، ج۱، ص۱۷۱). برخی اجرت المثل را در صورت شرط امکان‌پذیر می‌دانند (گرامی، ۱٤۱۵ق، ج٤، ص۳٥٤). در این باره ماده ٥٥۷ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد که اگر کسی مالی برای تجارت بدهد و قرار گذارد که تمام منافع مال مالک باشد، معامله مضاربه محسوب نمی شود و عامل مستحق اجرت‌المثل خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود عامل، عمل را تبرعاً انجام داده است. برخی حقوقدانان معتقدند بهتر نیست چنین عقدی را نه مضاربه و نه ابضاع بلکه عقد اجاره بدانیم؛ خصوصاً اینکه کسی از بانک تسهیلات تبرعی نمی‌گیرد. در پاسخ می‌توان اظهار داشت ویژگی‌های مطروحه همگی ناظر به بطن عقد ابضاع است و به هیچ وجه قابل تفسیر به اجاره محسوب نمی‌شود؛ لذا تعلق اجرت المثل به عامل ابضاع جز توسعه

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

معنای ابضاع نیست. با این توسعه حتی مشکل سوم نیز توجیه‌پذیر است. ذکر این نکته ضروری است که ایجاد قالب‌های شرعی مانند اجاره پول و بررسی ساختاری آن برای «الفرار من الحرام الی الحلال» کارآمدتر است تا عقود ظاهری مانند جعاله و ... .

جدول ۲: تطبیق عقد ابضاع با مضاربه در مبانی و تسهیم سود

	ممنوعیت ربا	ممنوعیت غرر	فعالیت حلال	تسهیم سود
عقد مضاربه	همراه شبهه	غرر ثابت نیست	همراه شبهه	سود مشارکتی
عقد ابضاع	بدون شبهه	غرر ثابت نیست	بدون شبهه	تمام سود برای بانک

درباره تطبیق عقد ابضاع با مضاربه در مبانی و تسهیم سود باید اظهار داشت که نحوه عملکرد بانک‌ها و قراردادهای منعقده در خصوص سود مضاربه بانکی این تصور را ایجاد می‌کند که عمل حقوقی واقع‌شده مضاربه مورد نظر قانون مدنی نیست. افزون بر این تحلیل‌های اقتصادی رویه بانک‌ها در مضاربه مبنی بر تعیین سود معین را تأیید می‌کنند. با مدنظر قراردادن این عنصر اساسی عقلانیت و کارایی در عملکرد بانک‌ها، درنظرگرفتن سود معین در مضاربه، رویکرد نسبتاً کارآمدی به حساب آمده و منفعت بیشتری نسبت به فرض اشاعه سود، نصیب بانک‌ها می‌سازد. این در حالی است که ذات عقد مضاربه، تجارت‌کردن و سپس اشاعه در سود و زیان است. بنابراین شرطی که سود را به نحو قطعی تعیین می‌کند، شرطی باطل است که سبب بطلان عقد می‌شود. در چنین شرایطی با توجه به اینکه توافق معتبری در خصوص نحوه تقسیم سود وجود ندارد، تمام منفعت تجارت به تبعیت از عین، برای مالک سرمایه یعنی بانک –بر اساس جدول یک– است. با فرض چنین تقسیمی، استحکام نظام معاملات در معرض خطر قرار می‌گیرد. از طرف دیگر معاملات باید در چارچوب‌های مشخص شرعی و قانونی منعقد شوند و بنابراین اگر عنوان این عمل حقوقی را مضاربه بدانیم، تمام مقرراتی که قانون مدنی و پیش‌تر از آن شرع مقدس تعیین کرده است، باید رعایت گردد. در غیر این صورت عمل حقوقی واقع‌شده باطل و در فرض ما به جهت ربوی‌بودن فاقد هر گونه اثر حقوقی است. نتایج این تحقیق و تطبیق نشان‌دهنده این مهم است که در رویکرد عقد ابضاع، برذای مثال، اختصاص جمیع سود، در مسئلهٔ وام‌های بانکی، برای بانک پذیرفته شده است و ربوی‌بودن پرداخت توسط عامل مرتفع می‌گردد. افزون بر این عملیات بانکداری اسلامی که دارای احکام خاصّ

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

است، صرف ظنّ و رجحان به عقود پر از ایراد آن کافی نیست؛ بلکه چنین حوزه‌ای محتاج راهبرد عمل است و الفاظ عقود بانکی (عدم تعلق همه سود به بانک) نمی‌تواند از عمل (عقد ابضاع و پرداخت تمام سود به بانک) شریف‌تر باشد. ضمن اینکه دغدغه‌های نگارنده درباره مسائل مختلف بیرونی و هدف‌مندی عقود و هدایت‌گری آنها و «الفرار من الحرام إلی الحلال» است که در مضاربه با شبهه روبه‌روست، نه حمایتگری و چپاول بانک‌ها. دیدگاه نگارنده فارغ از این دغدغه، مبارزه با بانکداری با ربا و ایجاد یک بانکداری اسلامی با حکومت دینی و همراه با مشروعیت در لوای متناسب‌بودن عقود با عمل است. بنابراین مشروعیت بانکی و مقبولیت حکومت اسلامی در گرو عمل است و باید پذیرفت عقود اسلامی دچار ایرادهای اساسی و مبنایی است؛ یعنی بحث فقط بر سر ایرادهای شکلی و ظاهری صرف نیست. بنابراین نگارنده تلاش کرده است با آیات الاحکام اقتصادی در **کنز العرفان** در معیت قرآن‌شناسی و **احکام القرآن** *جصاص* تا حدودی به این مهم نایل گردد و قطعاً ایرادهایی در این زمینه وجود دارد که با تتبع بیشتر دانش‌پژوهان در آینده قطعاً برطرف خواهد شد.

از دیگر وجوه قابل تحقیق و بررسی در تعریف ابضاع، کارآمدی این نظریه در عرصه اجرا و میزان بالای عملیاتی‌شدن آن است؛ یعنی علاوه بر اینکه منطقی‌تر به نظر می‌رسد و در مقام نظر، تئوری و طراحی قابلیت تحدی را دارد و کارآمدی این نظریه نسبت به سایر نظریه‌ها و عقود بانکی قابل بررسی و مقایسه و احتمالاً غیرقابل خدشه باشد که در ذیل به نقاط قوت و ضعف کلی برخی عقود بانکی در قالب جدول شماره ۳ اشاره خواهیم نمود:

جدول ۳: نقاط قوت و ضعف عقد ابضاع با مفاهیم مشابه

	نقاط قوت	نقاط ضعف
وام مضاربه	تطبیق حداقلی با عقود شرعی، نفی غرر، تعاون در تأمین مالی، ساختار منفی برای «الفرار من الحرام الی الحلال»	تعیین سود معین، عمل حقوقی واقع شده مضاربه مورد نظر قانون مدنی نیست، بانکداری اسلامی با تصور حذف ربا از عقود بانکی رخ نمی‌دهد، عدم تطبیق طرفین معامله

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

وام قرض‌الحسنه	تطبیق قطعی با عقود شرعی، نفی غرر، تعاون در تأمین مالی، قرض‌گیرنده می‌تواند هر تصرفی انجام دهد، افزایش روحیه مشارکت	اختصاص تمام سود برای عامل، امین‌نبودن قرض گیرنده، عدم توازن منابع و مصارف، مخالفت با سیاست بانکداری در کسب سود
وام مرابحه	تطبیق حداقلی با عقود شرعی، نفی غرر، تعاون در تأمین مالی، ساختار تا حدودی مثبت برای «الفرار من الحرام الی الحلال»	مبلغ صرفا می بایست صرف خرید کالا شود، شبهه در خرید اقساطی به قیمت بالاتر، قراردادن خدمات در کنار اموال و انتقال آنها ضمن یک عقد درست به نظر نمی‌رسد، تصویب آیین‌نامه اجرایی عقد مرابحه بر خلاف اذن قانون گذار عمل و ماده ۳۳۸ ق.م را نسخ ضمنی کرده است.
وام ابداعی ابضاع	اختصاص تمام سود برای مالک، تطبیق قطعی با عقود شرعی، نفی غرر، تعاون در تأمین مالی، ساختار مثبت برای «الفرار من الحرام الی الحلال»	ممنوعیت‌انگاری اعمال در غیر تجارت

البته کارایی عقد ابضاع در حوزه بانکداری اسلامی چندین مشکل عمده از جمله پدیده صوری ودن قراردادها در عملیات بانکداری بدون ربا، مغفولیّت نظارت شرعی به منظور سنجش انطباق عملیات بانکداری شبکه بانکی با قوانین بانکداری بدون ربا عدم همخوانی تسهیلات با عقود (ندری، ۱۳۹۵، ص٦٩) و... را مرتفع می‌کند که در دیگر عقود دارای نقص است. افزون بر این با استعمال عقودی که پیشینه شرعی داشته و با استفاده از اجتهاد پویا می‌توان تسهیلات بانکی را برای مخاطبان این عصر و مقتضیات جوامع امروز کشف یا سازگار نمود (بختیاری، ١٣٨٤، ص١٤٢).

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

با استفاده از نظرات خبرگان فقه مالی و پژوهش‌های حقوقی و آرای مراجع معظم تقلید در روش اجتهاد چندمرحله‌ای و پژوهش انجام‌شده در دانشگاه آزاد اسلامی واحد رامهرمز در قالب رساله دکتری می‌توان به این جمع‌بندی رسید... .

با مطالعه اهداف، وظایف، شیوه‌های تجهیز منابع و نحوه تسهیلات پیش‌بینی‌شده در قانون عملیات بانکی بدون ربا ملاحظه گردید که بانک عموماً در پی آن است میزان معینی از سود را بدون توجه به نتایج واقعی کسب کند که اشاعه چنین تفکری، معامله منعقده را به سوی معامله ربوی با تصور ابهام در توزیع سود میان عامل و بانک سوق می‌دهد و این تصویر را ایجاد می‌کند که عمل حقوقی واقع‌شده مورد تأیید فقه و قانون مدنی نیست. پژوهش ضمن بررسی مفهوم‌شناسی و معارفه عقد ابضاع در تجهیز و تخصیص منابع پولی بانکداری اسلامی–ایرانی، شاخصه عدم کارایی برخی عقود بر مبنای واقع‌گرایی را تبیین و شمّ‌الفقاهه ناصواب و ناکامی بانکداری بدون ربا در عمل به دلیل درک نادرست از کارکرد و وظایف عقود (مضاربه) را تحلیل نمود.

برایند اینکه به نظر می‌رسد برون‌رفت از این معضل مستلزم ساختارآفرینی در اجرا با محوریت واکاوی ظرفیت‌های مغفول آیات الاحکام با کاربردسازی و فایده‌انگاری عقد ابضاع در بانکداری بدون ربا با جبران نارسایی‌های پدیده کژمنشی به کارایی عقود از طریق ایجاد تسهیلات با تأییدگری موضع فقه اقتصادی و قانون مدنی است. در ارتباط با سیاق کاربردپذیری عقد ابضاع در بانکداری اسلامی باید بیان کرد که در به‌کارگیری عقد ابضاع با سه معضل روبه‌روییم: اول اختصاص تمام سود برای مالک؛ دوم پذیرش عدم ضرر مالک و تحمل آن توسط عامل ابضاع و سوم درنظرگرفتن منفعتی که ممکن است عامل از سرمایه مالک ببرد. در مورد معضل اول در تعریف ابضاع مقرر گردیده که کسی مالی را به دیگری برای تجارت بدهد بی‌آنکه عامل را در سود حاصل، بهره و سهمی باشد. افزون بر این در مسئله دوم پذیرش صحت شرط ضمان عامل بر مبنای قانون خللی به عقود متداول در بانکداری اسلامی با محوریت ابضاع وارد نمی‌کند و نگارنده صحت آن را در شرط ضمن عقد دیگری پذیرفته است. دشواری سوم نیز با تعلق اجرت المثل به عامل جواب‌یابی آن توجیه‌پذیر می‌گردد؛ همچنین کارایی عقد ابضاع در حوزه بانکداری اسلامی چندین مشکل

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

عمده ازجمله پدیده صور بودن قراردادها در عملیات بانکداری بدون ربا، مغفولیّت نظارت شرعی به منظور سنجش انطباق عملیات بانکداری شبکه بانکی با قوانین بانکداری بدون ربا عدم همخوانی تسهیلات با عقودو... را مرتفع می‌کند. افزون بر این با استعمال عقودی که سابقه شرعی دارد و با استفاده از اجتهاد پویا می‌توان تسهیلات بانکی را برای مخاطبان این عصر و مقتضیات جوامع امروز کشف یا سازگار نمود.

منابع و مآخذ

۱. ـــــ؛ **جواهر الکلام**؛ ۲۰ج، چ۳، قم: دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱٤۲۱ق.

۲. اردبیلی، احمد بن محمد؛ **زبدة البیان فی أحکام القرآن**؛ ج۱، چ۱، تهران: المکتبة الجعفریة لإحیاء الآثار، [بی‌تا].

۳. اسماعیل‌پور قمشه‌ای، محمدعلی؛ **النعم السابغات**؛ ج۱، چ۱، قم: منظمة الاوقاف و الشؤون الخیریة، ۱۳۹۰.

۴. آل‌کاشف‌الغطاء، محمدحسین؛ **تحریر المجلة**؛ ۵ج، چ۱، قم: المجمع للتقریب بین المذاهب، ۱٤۲۲ق.

۵. انصاری، قدرت‌الله؛ **موسوعة أحکام الأطفال و أدلتها**؛ ۷ج، چ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، ۱٤۲۹ق.

۶. انصاری، مرتضی‌بن محمدامین؛ **صیغ العقود و الإیقاعات**؛ ۱ج، چ۱، قم: انتشارات مجمع الفکر الإسلامی، ۱۳۷۹.

۷. انصاری، محمدعلی؛ **الموسوعة الفقهیة المیسرة**؛ ۱٤ج، چ۱، قم: انتشارات مجمع الفکر الإسلامی، ۱٤۱۵ق.

۸. بختیاری، صادق؛ «قانون عملیات بانکداری بدون ربا و چالش مفاهیم»؛ **نشریه پژوهش‌های اجتماعی اسلامی**؛ ش۵۳، ۱۳۸٤.

۹. بهجت، محمدتقی؛ **استفتاءات**؛ ۱ج، چ۱، قم: دفتر آیت‌الله العظمی بهجت، ۱۳۸٦.

۱۰. ترحینی عاملی، محمدحسن؛ **الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة**؛ ۹ج، چ۱، [بی‌جا]: دار للطباعة و النشر، ۱۳۸۵.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

۱۱.تفرشی، عیسی؛ «تجزیه و تحلیل تراست در حقوق انگلیس و مقایسه آن با وقف»، **مجله پژوهش‌های حقوق عمومی**؛ ش۱۳، ۱۳۸۳.
۱۲.جرجانی، ابوالفتح بن مخدوم؛ **تفسیر شاهی**؛ ۲ج، چ۱، تهران: انتشارات نوید، ۱۳٦۲.
۱۳.جصاص، احمد بن علی؛ **احکام القرآن**؛ ۲ج، چ۱، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱٤۱۵ق.
۱۴.جمعی از مؤلفان؛ **مجله فقه اهل بیت** علیهم‌السلام؛ ۵۷ج، چ۱، قم: انتشارات حوزه علمیه، ۱۳۹٦.
۱۵.جمعی از پژوهشگران؛ **موسوعة الفقه الإسلامی طبقا لمذهب أهل البیت** علیهم‌السلام؛ ۳۵ج، چ۱، قم: انتشارات مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت علیهم‌السلام، ۱٤۲۳ق.
۱۶.حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ **هدایة الأمة إلی أحکام الأئمة**؛ ۸ج، چ۱، مشهد: البحوث الإسلامیة، ۱٤۱۲ق.
۱۷.حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد؛ **مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة** (ط. الحدیثة)؛ ۲٦ج، چ۱، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱٤۱۹ق.
۱۸.حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد؛ **مفتاح الکرامة فی شرح قواعد**؛ ۱۱ج، چ۱، بیروت: دار إحیاء التراث، [بی‌تا].
۱۹.حکیم، محسن؛ **مستمسک العروة الوثقی**؛ ۱٤ج، چ۱، قم: انتشارات دار التفسیر، ۱۳۷٤.
۲۰.حلّی، مقداد بن عبداللّه سیوری؛ **کنز العرفان فی فقه القرآن**؛ ۲ج، چ۱، قم: انتشارات مرتضوی، ۱٤۲۵ق.
۲۱.حماد، نزیه؛ **معجم المصطلحات المالیة و الاقتصادیة فی لغة الفقهاء**؛ ۱ج، چ۱، دمشق: دار القلم، ۱٤۲۵ق.
۲۲.خرازی، محسن؛ **البحوث الهامة فی المکاسب المحرمة**؛ ۷ج، چ۱، قم: انتشارات مؤسسه در راه حق، ۱٤۲۳ق.
۲۳.خمینی، روح‌الله؛ **توضیح المسائل**؛ ۲ج، چ۱، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۳۸۱.
۲۴.خویی، سیدابوالقاسم؛ **مبانی العروه**؛ ۱ج، چ۱، قم: انتشارات منشورات دارالعلم، ۱٤۱٤ق.
۲۵.دهخدا، علی‌اکبر؛ **لغت‌نامه**؛ چ۱۰، تهران: انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، [بی‌تا].
۲۶.ذهنی تهرانی، محمدجواد؛ **المباحث الفقهیة فی شرح الروضة البهیة**؛ ۳۰ج، چ۱، قم: وجدانی، ۱۳٦٦.
۲۷.ذهنی تهرانی، محمدجواد؛ **عناوین الأحکام**؛ ٤ج، چ۱، قم: انتشارات وجدانی، ۱۳۷۳.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

۲۸.سعدی، ابوجیب؛ **القاموس الفقهی لغة و اصطلاحا**؛ ٦ج، چ۱، قم: انتشارات دار الفکر، ١٤٠٨ق.
۲۹.سعدی، حسین‌علی؛ «بطلان شرط ضمان در قرارداد مضاربه بانکی در بانکداری اسلامی»، **فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی**؛ ش۳۷، ۱۳۹۳.
۳۰.سند، محمد؛ **فقه المصارف و النقود**؛ ۱ج، چ۱، قم: انتشارات محبین، ١٤٢٨ق.
۳۱.سیفی، علی‌اکبر؛ **دلیل تحریر الوسیلة (المضاربة)**؛ ۱ج، چ۱، قم: تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی، ۱۳۸۵.
۳۲.شهابی، محمود؛ **ادوار فقه**؛ ۳ج، چ۱، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ١٤١٧ق.
۳۳.شهیدثانی، زین‌الدین بن علی؛ **مسالک الأفهام إلی‌تنقیح شرائع**؛ ١٦ج، چ۲، قم: المعارف الإسلامیه، ١٤١٣ق.
۳۴.صافی، لطف‌الله؛ **هدایة العباد**؛ ۲ج، چ۱، قم: انتشارات دار القرآن الکریم، ١٤١٦ق.
۳۵.طباطبایی حکیم، محمد سعید؛ **توضیح المسائل**؛ ۱ج، چ٤، قم: انتشارات مهر ثامن الائمه علیهم‌السلام، ۱۳۹۱.
۳۶.طباطبایی قمی، تقی؛ **الغایة القصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی**؛ ۱ج، چ۱، قم: انتشارات محلاتی، ١٤٢٣ق.
۳۷.طباطبایی کربلایی، علی بن محمد؛ **ریاض المسائل**؛ ۲ج، چ۱، قم: آل البیت علیهم‌السلام لإحیاء التراث، ١٤٠٤ق.
۳۸.طیب، سیدعبدالحسین؛ **أطیب البیان فی تفسیر القرآن**؛ ٤ج، چ۱، قم: حوزه مدرسین حوزه علمیه قم، [بی‌تا].
۳۹.عاملی، یاسین عیسی؛ **الاصطلاحات الفقهیة فی الرسائل العملیة**؛ ۱ج، چ۱، بیروت: دار البلاغة، ١٤١٣ق.
۴۰.علامه حلی، حسن بن یوسف؛ **تحریرالأحکام علی مذهب الإمامیة**؛ ۲ج، چ۲، قم: انتشارات الإمام الصادق علیه‌السلام، ١٤٢٠ق.
۴۱.علامه حلی، حسن بن یوسف؛ **تذکرة الفقهاء**؛ ۲۲ج، چ۱، قم: مؤسسة آل البیت علیهم‌السلام لإحیاء التراث، ١٤١٤ق.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

۴۲.علامه حلی، حسن بن یوسف؛ **قواعد الأحکام**؛ ۳ج، چ۱، قم: المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم، ۱٤۱۳ق.
۴۳.عمید زنجانی، عباسعلی؛ **آیات الأحکام**؛ ۱ج، چ۲، تهران: دفتر مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی، ۱۳۸۲.
۴۴.فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله؛ **کنز العرفان فی فقه القرآن**؛ ۲ج، چ٤، تهران: انتشارات مرتضوی، ۱۳۷۳.
۴۵.فقیه، محمدتقی؛ **قواعد الفقیه**؛ ۱ج، چ۱، بیروت: انتشارات دار الأضواء، ۱٤۰۷ق.
۴۶.فیض‌کاشانی، محمد بن شاه مرتضی؛ **مفاتیح الشرائع**؛ ۲ج، چ۱، تهران، مدرسه شهید مطهری، ۱۳۹۵.
۴۷.قراچه‌داغی، محمدعلی بن احمد؛ **صیغ العقود و الإیقاعات**؛ ۱ج، چ۱، قم: انتشارات شکوری، [بی‌تا].
۴۸.کلینی، محمد بن یعقوب؛ **الکافی**؛ ۱۵ج، چ۱، قم: مؤسسه دار الحدیث، ۱۳۸۷.
۴۹.کیان مهر، مهدی و احمد نصیری؛ «بررسی عقد ابضاع از منظر فقه و حقوق خصوصی ایران»، **سومین کنفرانس ملی و دومین کنفرانس بین‌المللی حقوق و علوم سیاسی**؛ تهران، ۱۳۹۹.
۵۰.گرامی، محمدعلی؛ **المعلقات علی العروة الوثقی**؛ ٤ج، چ۱، قم: انتشارات توحید، ۱٤۱۵ق.
۵۱.محقق کرکی، علی بن حسین؛ **جامع المقاصد فی شرح القواعد**؛ ۱٤ج، چ۱، قم: لإحیاء التراث، ۱٤۱٤ق.
۵۲.مدرسی، محمدرضا؛ **البیع**؛ ۳ج، چ۲، قم: انتشارات دار التفسیر، ۱۳۹۳.
۵۳.مروج، حسین؛ **اصطلاحات فقهی**؛ ۱ج، چ۳، قم: انتشارات بخشایش، ۱۳۷۹.
۵۴.مشکینی اردبیلی، علی؛ **التعلیقة الاستدلالیة علی العروة الوثقی**؛ ۳ج، چ۱، قم: سازمان چاپ و نشر، ۱۳۹۲.
۵۵.مظاهری، حسین؛ **توضیح المسائل**؛ ۳ج، چ۲، اصفهان: مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهراء، ۱۳۸۹.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

۵۶.مغنیه، محمدجواد؛ **فقه الإمام الصادق** علیه‌السلام؛ ۲ج، چ۱، [بی‌جا]: انتشارات مؤسسه انصاریان، ۱٤۲۱ق.

۵۷.موسوی اردبیلی، عبدالکریم؛ **فقه المضاربة**؛ ۱ج، چ۱، قم: جامعة المفید مؤسسة النشر، ۱۳۷۹.

۵۸.موسوی بجنوردی، محمد؛ **قواعد فقهیه**؛ ۷ج، چ۳، تهران: تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۹.

۵۹.موسوی سبزواری، عبدالاعلی؛ **مهذب الأحکام**؛ ۳۰ج، چ۱، قم: السید السبزواری، ۱٤۱۳ق.

۶۰.نجفی خمینی، محمدجواد؛ **تفسیر آسان**؛ ۲ج، چ۱، قم: دفتر مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی، [بی‌تا].

۶۱. نجفی، محمدحسن بن باقر؛ **معجم فقه الجواهر**، ٦ج، چ۱، بیروت: دار الغدیر للطباعه، ۱٤۱۷ق.

۶۲.ندری، کامران؛ «قانون بانکداری بدون ربا در لوایح دوگانه بانک مرکزی نیازمند اصلاحات ساختاری»، **نشریه تازه‌های اقتصاد**؛ ش ۱۵۰، ۱۳۹۵.

۶۳.نراقی، مهدی بن ابی‌ذر؛ **انیس التجار**؛ ۱ج، چ۱، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۳.

۶۴.هاشمی شاهرودی، محمود؛ **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت** علیهم‌السلام؛ ٦ج، چ۲، قم: دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۳۸۲.

۶۵.یزدی، محمدکاظم؛ **العروة الوثقی**؛ ۲ج، چ۱، قم: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ۱٤۰۹ق.

Archive of SID.ir