

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***

۹۷

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 منعقد 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 شمول‌الفقاهه ناصواب و ناکامی بانکداری بدون ربا در عمل به دلیل درک نادرست از کارکرد و وظایف عقود را تحلیل کند. به نظر می‌رسد برآیند 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.

مقدمه

موضوع عقود اسلامی و ایجاد بانکداری اسلامی با اعتقاد به حرمت اخذ ربا مسئله‌ای قابل تأمل است که اهمیت آن در تشریح 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 آن سرمایه‌گذار باشد یا هیچ شرطی در عقد ذکر نشود (کاظمی، [بی‌تا]، ج ۳، ص ۹۴/ طباطبایی کربلایی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۶۰۵). 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، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۴۷).

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 مستقلی 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 عدم کارایی 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

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

پیشینه تحقیق

باینکه 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- صادقی بختیاری (۱۳۸۴) 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

موضوعی و تشخیصی هستند؛ زیرا استدلال مقاله ما براین مناسبت 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 مطلقاً 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 پایه بحث بر استظهار از آیات الاحکام و احکام فقهی مبتنی بر روایات مخصوص و بیان آرای اندیشمندان اسلامی استوار است. در ابتدا برای مشخص شدن نقش «عقد ابضاع» در تشریح 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 تشریح عقود اسلامی دارد.

۱-۱. نگاهی به مفهوم‌شناسی عقد ابضاع

در فرهنگ لغت دهخدا ابضاع به معنای بضاعت ساختن و چیزی را سرمایه‌کردن معرفی شده است (دهخدا، [بی‌تا]، ص ۲۴۸۵). شایان ذکر است از ابضاع به استبضاع نیز تعبیر می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۸۴/ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۲۳۶). «و هو جعل الشیء بضاعه و البضاعه قطعاً من المال یتجر بها»؛ یعنی دادن مال و سرمایه به دیگری برای تجارت است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ج ۱۱، ص ۲۸/ عاملی، ۱۴۱۳، ص ۳۱/ کلینی، ۱۳۸۷، ج ۱۰، ص ۴۵۵).

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، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۳۴/ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۴، ص ۵۵۰/ مروج، ۱۳۷۹، ص ۱۱/ جرجانی، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۸۳/ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۵۳/ حماد، ۱۴۲۹، ص ۱۵). برخی فقها وجه وصفی مذکور را برای یتیم، «و یجوز ابضاع 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)، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۱۷/ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۱۱۶/ علامه حلی،

۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۵۴۳/هم، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۳۶) و کودک (حسینی عاملی، [بی تا]، ج ۵، ص ۱۱۱/انصاری، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص ۴۷۷) جایز می دانند. شهید ثانی نیز در کتاب **مسالك الافهام** (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۴) و **محقق کرکی در جامع المقاصد** (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۱۹۱) بر این مهم تأکید ورزیده اند. فقها لفظ بضاعه را بر مالی اطلاق می کنند که برای تجارت کردن باشد و ابضاع را بر ذات عقد حمل می کنند؛ ولی به صورت مطلق به آن بضاعه گفته می شود و از آن اراده عقد ابضاع می شود. به عبارتی می توان ابراز نمود که ابضاع نمونه ای از عقد مضاربه است (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۱۷۶).

۱-۲. مشخصات عقد ابضاع

الف) ابضاع از لحاظ عقد یا ایقاع بودن: 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 می بندند که عامل با سرمایه مالک تجارت نماید، ابضاع عقد است و احکام عمومی عقود در آن جاری می گردد.

ب) عقد ابضاع از لحاظ لازم یا جایز بودن: ابضاع عقدی است جایز که هر یک از مالک و عامل می توانند آن را فسخ کنند: «أَنَّ الْبِضَاعَةَ لَمَّا كَانَتْ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ: عقد ابضاع از عقود جایز است» (سیفی، ۱۳۸۵، ص ۲۵۱/هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۱۷/خویی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۸/جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج ۱۱، ص ۲۹/کاشانی، [بی تا]، ج ۳، ص ۹۰). البته می توان با ایجاد شرط، عقد ابضاع را از عقد جایز به عقدی لازم مبدل ساخت «فالبضاعه و إن كانت جائزة فی نفسها، إلا أنها تصیر لازمة بعرض الشرط و لا منافاة: 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، ۱۳۸۵، ص ۲۵۱).

پ) عقد ابضاع از لحاظ نحوه ایجاب و قبول: در عقد ابضاع ایجاب کننده کسی است که قرارداد در موضوع تحت تصرف او صورت می گیرد و قبول کننده کسی است که صیغه قبول را انشا می نماید: «فی الابضاع الإیجاب من المالك، و القبول من العامل» (سعدی، ۱۴۰۸ق، ص ۳۷).

۱-۳. ارکان عقد ابضاع

چنان که در تعریف عقد ابضاع بیان گردید، ابضاع دادن مال برای تجارت به عامل بدون در نظر گرفتن سود برای عامل و پرداخت همه ربح به سرمایه گذار است؛ بنابراین در چنین

عقدی به رأس المال بضاعه، به سرمایه‌گذار مبضّع و شخصی که به کسب و تجارت می‌پردازد، مستبضّع می‌گویند (حماد، ۱۴۲۹ق، ص ۱۵ / کیان‌مهر، ۱۴۰۰، ص ۶).

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

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

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 منعقد در خصوص سرمایه‌گذار و عامل این تصور را ایجاد می‌کند که عمل حقوقی واقع شده 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 واقع شده باطل و در فرض ما به جهت ربوی بودن فاقد هر گونه اثر حقوقی است. در تحلیل جدول فوق در عقود مبادله‌ای (جعاله) سرمایه‌گذار (جاعل) اشخاص وام‌گیرنده و بانک طرف قرارداد، عامل محسوب گردیده و انجام‌دادن کار مذکور در قرارداد را تعهد می‌کند و جاعل، جعل قرارداد را طی اقساطی به بانک می‌پردازد؛ چنین تصویری در امکان واقع تصویری نارواست. در ارتباط با عقود مشارکتی در ادامه موارد نقضی بیان خواهیم نمود.

۲. ادله محرزه مشروعیت بخشی به عقد ابضاع

آیات الاحکام از دلایل مطروحه و محرزه قایلان به مشروعیت عقد ابضاع می باشد 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: «وَقَالَ لِفَتْيَانِهِ اجْعَلُوا بِضَاعَتَهُمْ فِي رِحَالِهِمْ لَعَلَّهُمْ يَعْرِفُونَهَا إِذَا انْقَلَبُوا إِلَى أَهْلِهِمْ لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ» (یوسف: ۶۲). حضرت یوسف علیه السلام که اکنون پس از رهایی از کید برادران و آزمایش های 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، ج ۲، ص ۷۵ / عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۲۰۴).

ب) «وَلَمَّا فَتَحُوا مَتَاعَهُمْ وَجَدُوا بِضَاعَتَهُمْ رُدَّتْ إِلَيْهِمْ» (یوسف: ۶۵). چون بار خود گشودند، دیدند که سرمایه شان را پس داده اند. گفتند ای پدر، در طلب چه هستیم؟ این سرمایه ماست که به ما پس داده اند (فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۷۵). برای کسان خود غله بیاوریم و برادرمان را حفظ کنیم و بار شتری افزون گیریم.

ج) «وَجِئْنَا بِبِضَاعَةٍ مُّزْجَاةٍ» (یوسف: ۸۸). هنگامی که برادران حضرت یوسف علیه السلام بر او وارد شدند، گفتند ای عزیز و سلطان، بزرگ ما و خانواده مان دچار تنگدستی شده ایم و با بضاعت اندک به دربار تو آمده ایم، سهم ما را افزون نما و بر ما صدقه روا بدار که خداوند صدقه دهندگان را سزای نیک دهد (فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۷۵ / شهابی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۳۴ / عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۱۷۳).

بعضی از فقها به این سه آیه بر مشروع بودن «ابضاع» استناد کرده اند (حلی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۷۵ / طیب، [بی تا]، ج ۷، ص ۲۲۸). برخی مشروعیت را ظنی می دانند: «وَأُظِنَ أَنَّ آيَاتِ التَّجَارَةِ وَالْوَكَاةِ أَدَلُّ» (اردبیلی، [بی تا]، ص ۴۶۵). در مقابل برخی دیگر از فقها معتقدند دلالت آیه بر مشروعیت ابضاع قابل مناقشه است و هیچ نوع قرینه ای در آیات قبل و بعد که بر ابضاع به

معنای اصطلاحی دلالت کند، وجود ندارد (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۲۰۵) 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 و چه 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، ج ۵۱، ص ۹۱). همچنین به استناد آیه «تَكُونُ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»، مگر اینکه تجارتي باشد که مورد رضایت شما باشد، امکان تعمیم دارد؛ پس شامل هر نوع تجارت از جمله ابضاع نیز می‌شود (نجفی، [بی‌تا]، ج ۳، ص ۲۰۵). افزون بر این با توجه به اصالت عدم نسخ، ابضاع مشروعیت دارد (جرجانی، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۸۳ / کیان‌مهر، ۱۴۰۰، ص ۹). 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

در با 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 مشروعیت بخشی بر عقد ابضاع دلالت دارند.

الف) «لا ینبغی للرجل المسلم أن یشارک الذمی ولا یبضعه بضاعه ولا یودعه ودیعه و... الموده». شرکت نمودن با کافر ذمی و سرمایه‌دادن به وی و امانت نزدش گذاردن مکروه است (ترحینی عاملی، ۱۳۸۵، ج ۵، ص ۳۴۲). مقصود از «ابضاعه» این است که مالی به کافر دهند که با آن تجارت نموده، ربحش را به صاحب مال دهد (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۶، ج ۱۴، ص ۳۸ / طباطبایی قمی، ۱۴۲۳، ص ۱۵۴ / خرازی، ۱۴۲۳، ج ۵، ص ۲۷۳ / مشکینی اردبیلی، ۱۳۹۲، ج ۳، ص ۶۱۹).

ب) «یجوز لولی الیتیم ابضاع ماله و معناه دفعه الی من یتجر به و الربح کلّه للیتیم...». ابضاع با مال یتیم جایز است (صاحب جواهر، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۱۷ / صافی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۱۱۷). در

ارتباط با ابضاع با مال یتیم ادعای اجماع شده است: «الإبضاع بمال الیتیم الظاهر أنه لا خلاف بین الفقهاء» (انصاری، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۳۵۸). ممکن است این پرسش مطرح گردد که ابضاع به کاررفته همان مضاربه است. در پاسخ باید اظهار داشت که «البضاعة نوع من المضاربه و إن كانت قسیمه لها» (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۶۵۲). 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 حصه‌ای از انتفاع از او باشد (نراقی، ۱۳۸۳، ص ۲۹۱ / انصاری، ۱۳۷۹، ص ۱۱۹). اهل حجاز به معامله مزبور قراض گویند و وجه تسمیه 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]، ص ۲۴۲ / فیض کاشانی، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۴۳۶). از نکات اشتراک مضاربه و ابضاع می‌توان از جایز بودن عقود، تجارت کردن با سرمایه و امین بودن بدون تعدی و تفریط یاد نمود. به تعبیر دیگر «البضاعة نوع من المضاربه و إن كانت قسیمه لها» (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۶۵۲). 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، ۱۴۱۳ق، ج ۱۹، ص ۲۷۴ / طباطبایی قمی، ۱۴۲۳ق، ص ۶۱ / حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۲، ص ۳۰۵). در اموری که در آنها مضاربه وجود دارد، ابضاع نیز قابل تصور است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، 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 ذمه قرض گیرنده می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۶۷۹/

طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱، ص ۴۸۳). 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 «تاره‌ علی ان یكون تمامه للعامل و هذا داخل فی عنوان القرض ان كان بقصده و تاره‌ علی ان یكون تمامه للمالك و یسمى عندهم باسم البضاعه». در قرض تمام سود برای عامل است، اما در ابضاع ربح از آن مالک می‌باشد (صاحب جواهر، ۱۴۲۱ق، ج ۱۳، ص ۶۱۸ / موسوی اردبیلی، ۱۳۷۹، ص ۱۱۲ / اسماعیل‌پور قمشه‌ای، ۱۳۹۰، ص ۱۸). 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، ۱۴۱۲ق، ج ۶، ص ۲۶۶).

۳-۳. سنجش عقد ودیعه و ابضاع

ودیعه عبارت است از نایب‌گرفتن در حفظ (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۶، ج ۱۴، ص ۱۲۰). وجه اشتراک ودیعه و ابضاع در این است که مستبضع و ودیعه‌گیرنده امین محسوب می‌گردند: «صاحب البضاعه و الودیعه مؤتمنان» (طباطبایی کربلایی، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۶۲۱ / فقیه، ۱۴۰۷ق، ص ۹۱ / مدرسی، ۱۳۹۳، ص ۳۰۹). 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 ودیعه‌گیرنده حق تصرف ندارد، اما مستبضع یا عامل می‌تواند برای تجارت از مال البضاعه استفاده نماید، مشاهده نمود.

۳-۴. قیاس عقد وکالت و ابضاع

وکالت عبارت است از نایب‌گرفتن در تصرف (ذهنی تهرانی، ۱۳۷۳، ج ۳، ص ۲۷). 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

منفعت حاصله از مال برای مالک در زمانی که وکیل تبرعی باشد، دارای وجه اشتراک‌اند: «هو اتجار ببضاعه للمالک ربحها و العامل وکیل متبرع: ابضاع تجارت برای مالک و سود برای مالک است و عامل مانند وکیل تبرعی است» (سند، ۱۴۲۸ق، ص ۲۵۱/ حماد، ۱۴۲۹ق، ص ۱۵/ آل‌کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۴۸۷).

۳-۵ مقایسه عقد تراست و ابضاع

کلمه تراست دارای دو معنای عام و خاص است در معنای عام آن به هر بنگاه صنعتی یا تجارته 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، ۱۴۳۱ق، ج ۸، ص ۴۳۸). در تراست، مالک با صرف‌نظر نمودن 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، ۱۳۸۳، ص ۱۹). 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 نظر بانیان آنهاست، 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.

۴. کاربردی سازی 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.

۴-۱. 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 منعقد 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 واقع شده 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 شمس‌الفاواه ناصواب و ناکامی بانکداری بدون ربا در عمل به دلیل درک نادرست از کارکرد و وظایف عقود می‌باشد.

۴-۲. 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:

۴-۲-۱. 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 معین و کار از دیگری باشد و سود بین آن دو به نسبتی که قرار می‌گذارند، تقسیم گردد (خمینی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۳۰۰ / نراقی، ۱۳۸۳، ص ۲۹۱). 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، ۱۳۹۳، ص ۴۰). 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

اگر شرط ضمان کند، معامله صحیح است و شرط، ضمان آور 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، ص ۲۷۳). همچنین ید عامل در مضاربه امانی است و طبق قاعده استیمان ضمان از او می‌گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۱۴). 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، ج ۲، ص ۳۰۴). 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، اظهار، صحت شرط است (بهجت، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۳۳۲). نگارنده هم معتقد به نظر دوم و صحت شرط در ضمن عقد دیگری است. اما ایراد اساسی در مضاربه ایصال تمام سرمایه و ربح (فائده 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 مسئله 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

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.

۴-۲-۲. 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 روبرویم. اول اختصاص تمام سود برای مالک؛ دوم پذیرش عدم ضرر مالک و تحمل آن توسط عامل ابضاع و سوم در نظر گرفتن 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، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۱۳۴ / هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۴، ص ۵۵۰ / مروج، ۱۳۷۹، ص ۱۱ / جرجانی، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۸۳ / علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص ۵۳ / حماد، ۱۴۲۹ق، ص ۱۵). 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 مسلم موضوع در پرداخت همه سود به بانک‌ها بر این منطق استوار است که می‌بایست توجه داشت که هر یک از حقایق بانکی از رهگذر اطلاعات لفظی قابل دست‌یابی نیستند، بلکه هر عقد بانکی، سبب و علت 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 خاص است، صرف ظن 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 مبنای قرارداد

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 تأسی جستن از نظر برخی فقها قایل به بطلان شرط ضمان عامل در مضاربه گردیده‌اند (سعدی، ۱۳۹۳، ص ۵۵)، 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 نظرانی 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 اعمال 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، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۳۳۲ / خمینی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۳۰۴).

دشواری سوم (منفعتی که ممکن است عامل از سرمایه مالک ببرد) نیز با تعلق اجرت المثل به عامل توجیه‌پذیر می‌گردد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۱۷ / انصاری (محمدعلی)، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۱۷۱). برخی اجرت المثل را در صورت شرط امکان‌پذیر می‌دانند (گرامی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۳۵۴). در این باره ماده ۵۵۷ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد که اگر کسی مالی برای تجارت بدهد و قرار گذارد که تمام منافع مال مالک باشد، معامله مضاربه محسوب نمی‌شود 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

معنای ابضاع نیست. با این توسعه حتی مشکل سوم نیز توجیه پذیر 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

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

درباره تطبیق عقد ابضاع با مضاربه در مبانی و تسهیم سود باید اظهار داشت که نحوه عملکرد بانک‌ها و قراردادهای منعقد در خصوص سود مضاربه بانکی این تصور را ایجاد می‌کند که عمل حقوقی واقع شده 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، در نظر گرفتن 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، تجارت کردن 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 واقع شده باطل و در فرض ما به جهت ربوی بودن فاقد هر گونه اثر حقوقی است. نتایج این تحقیق و تطبیق نشان‌دهنده این مهم است که در رویکرد عقد ابضاع، بردای مثال، اختصاص جمیع سود، در مسئله وام‌های بانکی، برای بانک پذیرفته شده است و ربوی بودن پرداخت توسط عامل مرتفع می‌گردد. افزون بر این عملیات بانکداری اسلامی که دارای احکام خاص

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 إلى 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 ضعف	نقاط قوت	
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	تطبیق حداقلی با عقود شرعی، نفی غرر، تعاون در تأمین مالی، ساختار منفی برای «الفرار من الحرام إلى الحلال»	وام مضاربه

<p>اختصاص تمام سود برای عامل، امین نبودن قرض گیرنده، عدم توازن منابع و مصارف، مخالفت با سیاست بانکداری در کسب سود</p>	<p>تطبیق قطعی با عقود شرعی، نفی غرر، تعاون در تأمین مالی، قرض گیرنده می تواند هر تصرفی انجام دهد، افزایش روحیه مشارکت</p>	<p>وام قرض الحسنه</p>
<p>مبلغ صرفا می بایست صرف خرید کالا شود، شبهه در خرید اقساطی به قیمت بالا تر، قرارداد خدمات در کنار اموال و انتقال آنها ضمن یک عقد درست به نظر نمی رسد، تصویب آیین نامه اجرایی عقد مربحه بر خلاف اذن قانون گذار عمل و ماده ۳۳۸ ق.م را نسخ ضمنی کرده است.</p>	<p>تطبیق حداقلی با عقود شرعی، نفی غرر، تعاون در تأمین مالی، ساختار تا حدودی مثبت برای «الفرار من الحرام الی الحلال»</p>	<p>وام مربحه</p>
<p>ممنوعیت انگاری اعمال در غیر تجارت</p>	<p>اختصاص تمام سود برای مالک، تطبیق قطعی با عقود شرعی، نفی غرر، تعاون در تأمین مالی، ساختار مثبت برای «الفرار من الحرام الی الحلال»</p>	<p>وام ابداعی ابضاع</p>

البته کارایی عقد ابضاع در حوزه بانکداری اسلامی چندین مشکل عمده از جمله پدیده
صوری ودن قراردادها در عملیات بانکداری بدون ربا، مغفولیت نظارت شرعی به منظور
سنجش انطباق عملیات بانکداری شبکه بانکی با قوانین بانکداری بدون ربا عدم همخوانی
تسهیلات با عقود (ندری، ۱۳۹۵، ص ۶۹) و... را مرتفع می کند که در دیگر عقود دارای نقص
است. افزون بر این با استعمال عقودی که پیشینه شرعی داشته و با استفاده از اجتهاد پویا
می توان تسهیلات بانکی را برای مخاطبان این عصر و مقتضیات جوامع امروز کشف یا
سازگار نمود (بختیاری، ۱۳۸۴، ص ۱۴۲).

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 پیش‌بینی شده در قانون

۱۱۵ 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 منعقد 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 واقع شده 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 شمس‌الفقاهه 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 روبه‌رویم: اول اختصاص تمام سود برای مالک؛ دوم پذیرش عدم ضرر مالک و تحمل آن توسط عامل ابضاع و سوم در نظر گرفتن 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

عمده از جمله پدیده صور بودن قراردادها در عملیات بانکداری بدون ربا، مغفولیت نظارت شرعی به منظور سنجش انطباق عملیات بانکداری شبکه بانکی با قوانین بانکداری بدون ربا عدم همخوانی تسهیلات با عقود... 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.

۱. —؛ جواهر الکلام؛ ۲۰ ج، ۳، قم: دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۱ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد؛ زبده البیان فی أحكام القرآن؛ ج ۱، چ ۱، تهران: المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار، [بی تا].
۳. اسماعیل پور قمشه‌ای، محمدعلی؛ النعم السابغات؛ ج ۱، چ ۱، قم: منظمة الاوقاف و الشؤون الخیریة، ۱۳۹۰.
۴. آل کاشف الغطاء، محمدحسین؛ تحریر المجله؛ ۵ ج، چ ۱، قم: المجمع للتقريب بين المذاهب، ۱۴۲۲ق.
۵. انصاری، قدرت‌الله؛ موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ۷ ج، چ ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ق.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین؛ صیغ العقود و الإیقات؛ ج ۱، چ ۱، قم: انتشارات مجمع الفكر الإسلامی، ۱۳۷۹.
۷. انصاری، محمدعلی؛ الموسوعة الفقهیة المیسرة؛ ۴ ج، چ ۱، قم: انتشارات مجمع الفكر الإسلامی، ۱۴۱۵ق.
۸. بختیاری، صادق؛ «قانون عملیات بانکداری بدون ربا و چالش مفاهیم»؛ نشریه پژوهش‌های اجتماعی اسلامی؛ ش ۵۳، ۱۳۸۴.
۹. بهجت، محمدتقی؛ استفتاءات؛ ج ۱، چ ۱، قم: دفتر آیت‌الله العظمی بهجت، ۱۳۸۶.
۱۰. ترحینی عاملی، محمدحسن؛ الزبده الفقهیة فی شرح الروضة البهیة؛ ۹ ج، چ ۱، [بی جا]: دار للطباعة و النشر، ۱۳۸۵.

۱۱. تفرشی، عیسی؛ «تجزیه و تحلیل تراست در حقوق انگلیس و مقایسه آن با وقف»، مجله پژوهش‌های حقوق عمومی؛ ش ۱۳، ۱۳۸۳.
۱۲. جرجانی، ابوالفتح بن مخدوم؛ تفسیر شاهی؛ ج ۲، چ ۱، تهران: انتشارات نوید، ۱۳۶۲.
۱۳. جصاص، احمد بن علی؛ احکام القرآن؛ ج ۲، چ ۱، بیروت: دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ق.
۱۴. جمعی از مؤلفان؛ مجله فقه اهل بیت علیهم‌السلام؛ ۵۷ج، چ ۱، قم: انتشارات حوزه علمیه، ۱۳۹۶.
۱۵. جمعی از پژوهشگران؛ موسوعه الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم‌السلام؛ ۳۵ج، چ ۱، قم: انتشارات مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۴۲۳ق.
۱۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ هدایه الأئمه إلى أحكام الأئمة؛ ج ۸، چ ۱، مشهد: البحوث الإسلامیه، ۱۴۱۲ق.
۱۷. حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد؛ مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه (ط. الحدیثه)؛ ۲۶ج، چ ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۹ق.
۱۸. حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد؛ مفتاح الكرامه فی شرح قواعد؛ ۱۱ج، چ ۱، بیروت: دار إحياء التراث، [بی تا].
۱۹. حکیم، محسن؛ مستمسک العروه الوثقی؛ ۱۴ج، چ ۱، قم: انتشارات دار التفسیر، ۱۳۷۴.
۲۰. حلی، مقداد بن عبدالله سیوری؛ کنز العرفان فی فقه القرآن؛ ج ۲، چ ۱، قم: انتشارات مرتضوی، ۱۴۲۵ق.
۲۱. حماد، نزیه؛ معجم المصطلحات المالیة و الاقتصادية فی لغة الفقهاء؛ ج ۱، دمشق: دار القلم، ۱۴۲۵ق.
۲۲. خرازی، محسن؛ البحوث الهامة فی المكاسب المحرمة؛ ج ۷، چ ۱، قم: انتشارات مؤسسه در راه حق، ۱۴۲۳ق.
۲۳. خمینی، روح‌الله؛ توضیح المسائل؛ ج ۲، چ ۱، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۳۸۱.
۲۴. خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانی العروه؛ ج ۱، چ ۱، قم: انتشارات منشورات دارالعلم، ۱۴۱۴ق.
۲۵. دهخدا، علی‌اکبر؛ لغت‌نامه؛ چ ۱۰، تهران: انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، [بی تا].
۲۶. ذهنی تهرانی، محمدجواد؛ المباحث الفقهیة فی شرح الروضة البهیة؛ ۳۰ج، چ ۱، قم: وجدانی، ۱۳۶۶.
۲۷. ذهنی تهرانی، محمدجواد؛ عناوین الأحکام؛ ج ۴، چ ۱، قم: انتشارات وجدانی، ۱۳۷۳.

۲۸. سعدی، ابوجیب؛ القاموس الفقہی لغة و اصطلاحا؛ ج۶، چ ۱، قم: انتشارات دار الفکر، ۱۴۰۸ق.
۲۹. سعدی، حسین‌علی؛ «بطلان شرط ضمان در قرارداد مضاربه بانکی در بانکداری اسلامی»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۳۷، ۱۳۹۳.
۳۰. سند، محمد؛ فقه المصارف و النقود؛ اج، چ ۱، قم: انتشارات محبین، ۱۴۲۸ق.
۳۱. سیفی، علی‌اکبر؛ دلیل تحریر الوسیلة (المضاربه)؛ اج، چ ۱، قم: تنظیم و نشر آثار الإمام الخمينی، ۱۳۸۵.
۳۲. شهابی، محمود؛ ادوار فقه؛ ج ۳، چ ۱، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۳۳. شهیدثانی، زین‌الدین بن علی؛ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع؛ اج ۱۶، چ ۲، قم: المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
۳۴. صافی، لطف‌الله؛ هداية العباد؛ ج ۲، چ ۱، قم: انتشارات دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶ق.
۳۵. طباطبایی حکیم، محمد سعید؛ توضیح المسائل؛ اج، چ ۴، قم: انتشارات مهر تامن الائمه علیهم السلام، ۱۳۹۱.
۳۶. طباطبایی قمی، تقی؛ الغایة القصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی؛ اج، چ ۱، قم: انتشارات محلاتی، ۱۴۲۳ق.
۳۷. طباطبایی کربلایی، علی بن محمد؛ ریاض المسائل؛ ج ۲، چ ۱، قم: آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۰۴ق.
۳۸. طیب، سیدعبدالحسین؛ أطيّب البیان فی تفسیر القرآن؛ ج ۴، چ ۱، قم: حوزه مدرسین حوزه علمیه قم، [بی تا].
۳۹. عاملی، یاسین عیسی؛ الاصلاحات الفقهیة فی الرسائل العملیة؛ اج، چ ۱، بیروت: دار البلاغة، ۱۴۱۳ق.
۴۰. علامه حلّی، حسن بن یوسف؛ تحریر الأحکام علی مذهب الإمامیة؛ ج ۲، چ ۲، قم: انتشارات الإمام الصادق علیهما السلام، ۱۴۲۰ق.
۴۱. علامه حلّی، حسن بن یوسف؛ تذکره الفقهاء؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.

۴۲. علامه حلی، حسن بن یوسف؛ قواعد الأحكام؛ ج ۳، چ ۱، قم: المدرسين فی الحوزة العلمیه بقم، ۱۴۱۳ق.
۴۳. عمید زنجانی، عباسعلی؛ آیات الأحكام؛ ج ۲، تهران: دفتر مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی، ۱۳۸۲.
۴۴. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله؛ کنز العرفان فی فقه القرآن؛ ج ۲، چ ۴، تهران: انتشارات مرتضوی، ۱۳۷۳.
۴۵. فقیه، محمدتقی؛ قواعد الفقیه؛ ج ۱، چ ۱، بیروت: انتشارات دار الأضواء، ۱۴۰۷ق.
۴۶. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی؛ مفاتیح الشرائع؛ ج ۲، چ ۱، تهران، مدرسه شهید مطهری، ۱۳۹۵.
۴۷. قراچه داغی، محمدعلی بن احمد؛ صیغ العقود و الإیقات؛ ج ۱، چ ۱، قم: انتشارات شکوری، [بی تا].
۴۸. کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۱۵، چ ۱، 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 بین المللی حقوق و علوم سیاسی؛ تهران، ۱۳۹۹.
۵۰. گرامی، محمدعلی؛ المعلقات علی العروة الوثقی؛ ج ۴، چ ۱، قم: انتشارات توحید، ۱۴۱۵ق.
۵۱. محقق کرکی، علی بن حسین؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۱۴، چ ۱، قم: لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
۵۲. مدرسی، محمدرضا؛ البیع؛ ج ۳، چ ۲، قم: انتشارات دار التفسیر، ۱۳۹۳.
۵۳. مروج، حسین؛ اصطلاحات فقهی؛ ج ۱، چ ۳، قم: انتشارات بخشایش، ۱۳۷۹.
۵۴. مشکینی اردبیلی، علی؛ التعلیق الاستدلالية علی العروة الوثقی؛ ج ۳، چ ۱، قم: سازمان چاپ و نشر، ۱۳۹۲.
۵۵. مظاهری، حسین؛ توضیح المسائل؛ ج ۳، چ ۲، اصفهان: مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهراء، ۱۳۸۹.

۵۶. مغنیه، محمدجواد؛ **فقه الإمام الصادق عليه السلام**؛ ج ۲، چ ۱، [بی جا]: انتشارات مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق.
۵۷. موسوی اردبیلی، عبدالکریم؛ **فقه المضاربه**؛ ج ۱، چ ۱، قم: جامعه المفید مؤسسه النشر، ۱۳۷۹.
۵۸. موسوی بجنوردی، محمد؛ **قواعد فقهیه**؛ ج ۷، چ ۳، تهران: تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۹.
۵۹. موسوی سبزواری، عبدالاعلی؛ **مهذب الأحكام**؛ ج ۳۰، چ ۱، قم: السید السبزواری، ۱۴۱۳ق.
۶۰. نجفی خمینی، محمدجواد؛ **تفسیر آسان**؛ ج ۲، چ ۱، قم: دفتر مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی، [بی تا].
۶۱. نجفی، محمدحسن بن باقر؛ **معجم فقه الجواهر**، ج ۶، چ ۱، بیروت: دار الغدير للطباعة، ۱۴۱۷ق.
۶۲. ندری، کامران؛ «قانون بانکداری بدون ربا در لوایح دوگانه بانک مرکزی نیازمند اصلاحات ساختاری»، **نشریه تازه های اقتصاد**؛ ش ۱۵۰، ۱۳۹۵.
۶۳. نراقی، مهدی بن ابی ذر؛ **انیس التجار**؛ ج ۱، چ ۱، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۳.
۶۴. هاشمی شاهرودی، محمود؛ **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام**؛ ج ۶، چ ۲، قم: دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۳۸۲.
۶۵. یزدی، محمدکاظم؛ **العروة الوثقی**؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ق.